HAL
open science

L'homme invisible est-il un homme ? Retour sur la texture ouverte (porosité des concepts)

Thomas Hochmann

To cite this version:

Thomas Hochmann. L'homme invisible est-il un homme ? Retour sur la texture ouverte (porosité des concepts). Fabrice Deferrard. Le droit saisi par la science-fiction, Mare et Martin, p. 19-34, 2016. hal-03437177

HAL Id: hal-03437177

https://hal.science/hal-03437177v1

Submitted on 16 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'homme invisible est-il un homme ? Retour sur la texture ouverte (porosité des concepts)*

Thomas Hochmann
Professeur à l'Université de Reims
Membre associé du Centre Perelman de philosophie du droit

Dans un célèbre ouvrage publié en 1970, Tzvetan Todorov s'efforçait de définir le genre littéraire qui porte le nom de « fantastique ». Celui-ci, expliquait-il, se caractérise par l'intrusion d'événements extraordinaires, contraires aux lois naturelles du monde existant. Si cette bizarrerie trouve une explication rationnelle (il s'agissait d'un rêve, d'une illusion), le récit relève de l'« étrange ». Si son explication nécessite de modifier les lois de la nature acceptées jusque-là (il est désormais établi que les vampires existent), il appartient au « merveilleux ». Le « fantastique », pour sa part, correspond à la situation où le lecteur hésite, où il est dans l'impossibilité de trancher entre ces deux types d'explication.

> « Dans un monde qui est bien le nôtre, celui que nous connaissons, sans diables, sylphides, ni vampires, se produit un événement qui ne peut s'expliquer par les lois de ce même monde familier. Celui qui perçoit l'événement doit opter pour l'une des deux solutions possibles : ou bien il s'agit d'une illusion des sens, d'un produit de l'imagination et les lois du monde restent alors ce qu'elles sont ; ou bien l'événement a véritablement eu lieu, il est partie intégrante de la réalité, mais alors cette réalité est régie par des lois inconnues de nous. […] Le fantastique occupe le temps de cette incertitude ; dès qu'on choisit l'une ou l'autre réponse, on quitte le fantastique pour entrer dans un genre voisin, l'étrange ou le merveilleux. Le fantastique, c'est l'hésitation éprouvée par un être qui ne connaît que les lois naturelles, face à un événement en apparence surnaturel »[2].

*. Ce texte a bénéficié de la relecture et des conseils de Mathieu Carpentier et de Stefan Goltzberg. Je les remercie vivement, et leur dois d'ajouter que j'ai conservé un certain nombre des imprécisions et des inexactitudes qu'ils m'ont signalées.
2. T. Todorov, *Introduction à la littérature fantastique*, Poétique, Seuil, 1970, p. 29.

La même idée est perceptible dans cette description que Friedrich Waismann donne d'un homme non pas invisible mais « clignotant » :

> « Supposez encore que je dise "mon ami est là-bas". Qu'en serait-il si en m'approchant pour lui serrer la main il disparaissait soudain ? "Ce n'était donc pas mon ami, mais une sorte d'hallucination." Mais supposez que je le voie à nouveau quelques secondes plus tard, que je puisse prendre sa main, etc. Alors ? "Mon ami était donc bien là, et sa disparition était une sorte d'hallucination." Mais imaginez qu'après quelques temps il disparaisse (ou semble disparaître) à nouveau – que vais-je dire alors ? Avons-nous des règles prêtes pour toutes les possibilités imaginables ? […] [Cet exemple] montre que nous pouvons envisager certaines circonstances dans lesquelles il nous serait impossible de déterminer avec certitude si une chose est réelle ou hallucinée »[3].

Waismann, néanmoins, ne limite pas son propos au fantastique. Il s'intéresse à la difficulté d'appliquer nos concepts à des circonstances imprévues. Or, même s'il est établi que l'homme invisible n'est pas une illusion mais une réalité, la question demeure de savoir si l'on peut le qualifier d'homme. Il s'agit au demeurant d'un thème classique de la science-fiction. Dans le roman de H. G. Wells, *L'homme invisible*[4], c'est l'une des premières interrogations. Le petit village d'Iping, dans le comté de Sussex, est depuis plusieurs semaines le théâtre d'évènements aussi troublants que singuliers. Un inconnu couvert de bandages sur la tête et chaussant de grosses lunettes bleues à angle droit, au comportement pour le moins étrange, a pris pension dans une auberge. Nul ne le connaît, on ne sait pas même son nom, mais il semble se livrer à d'inquiétantes expériences. La conjonction de deux faits va cependant faire éclater la vérité sur sa situation : l'intéressé ne règle plus sa note à l'aubergiste et un vol d'argent a eu lieu mystérieusement au presbytère du pasteur. Les villageois, au moment de son interpellation par un agent de police, découvrent avec stupéfaction qu'il est invisible. L'homme invisible existe donc bien puisque Wells l'a inventé ; pour autant, on ne sait pas comment le qualifier. Plusieurs des villageois pensent qu'ils ont affaire à un revenant ou à un autre phénomène surnaturel. Toutefois, c'est un certain Huxter qui pose la véritable question lorsqu'il palpe une jambe qu'il ne peut voir et s'écrie : « Mais, ce n'est pas un homme ! »[5]…

---

3. F. Waismann, « La vérifiabilité » (1945), trad. fr. D. Chapuis-Schmitz et S. Laugier, in S. Laugier et P. Wagner (éd.), *Philosophie des sciences, Expériences, théories et méthodes*, Vrin, 2004, p. 328. Je me référerai *infra* à cette traduction. Pour la version originale, cf. F. Waismann, "Verifiability" (1945), in A. Flew (dir.), *Essays on Logic and Language*, Basil Blackwell, 1951, p. 117-144.
4. H. G. Wells, *L'homme invisible*, Le Livre de Poche, 1975 (1897). Le roman a fait l'objet de plusieurs adaptations cinématographiques (films et séries télévisées), dessins animés et bandes dessinées (comics), toutes plus ou moins fidèles à l'œuvre originale.
5. *Ibid.*, p. 83.

Cet exemple, comme la plupart de ceux imaginés par Waismann, tel un chat gigantesque ou un homme de quelques centimètres, relève donc du merveilleux[6]. L'incertitude dans l'application des concepts demeure, alors même que la réalité de l'événement d'apparence surnaturelle est acceptée. On ne peut établir sans le moindre doute si un « chat » de six cent kilos est un chat. Évidemment, cette incertitude est transposable à l'application du droit. On ne peut savoir si la règle qui autorise à transporter un chat lors d'un voyage en train est applicable à cette nouvelle créature. Si, du point de vue littéraire, on a quitté le fantastique pour le merveilleux, la difficulté juridique n'est pas tranchée.

L'idée de Waismann semble même susceptible d'être étendue à des cas beaucoup plus ordinaires. C'est ce que s'est efforcé de démontrer Herbert Hart[7]. S'il a ainsi contribué à la célébrité du texte de Waismann, Hart l'a néanmoins utilisé de manière peu précise, et ses subtilités ont été perdues chez la plupart des juristes. C'est à cette situation que la présente étude voudrait remédier. Après avoir rappelé les vues de Hart et de Waismann (I), on soulignera trois confusions que Hart a commises, ou au moins facilitées (II, III, IV).

I. Waismann et Hart sur la porosité des concepts

Dans son célèbre article "*Verifiability*", Waismann développe des idées dont, comme souvent[8], on trouve également trace chez Wittgenstein[9]. Il présente en

6. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 328 s.

7. Hart travaillait à Oxford en même temps que Waismann, et a semble-t-il « bien connu » ce dernier. Cf. Ph. de Lara, « Droit et coutume : ce que Hart doit à Wittgenstein », *Droit & Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 6, 2014, p. 95. Brian McGuiness signale que Hart « enfourchait sa bicyclette pour aller assister à des cours » de Waismann. B. McGuiness, « Les errances de Waismann », in J.-Ph. Narboux et A. Soulez (dir.), *Friedrich Waismann, Textures logiques*, *Cahiers de philosophie du langage*, L'Harmattan, 2008, p. 137. Cf. aussi N. Lacey, *A Life of H. L. A. Hart, The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, p. 128.

8. Cf. J. Schulte, « Waismann et la cécité conceptuelle », in J.-Ph. Narboux et A. Soulez (dir.), *op. cit.*, p. 183 : « lorsqu'on parle de Waismann, c'est normalement en vue de parler des idées de Wittgenstein filtrées par l'esprit plus systématique de Waismann, reformulées clairement par lui et souvent dans un ordre qui semble plus naturel ». Sur la vie de Waismann, et notamment son rapport à Wittgenstein, cf. B. McGuiness, *loc. cit.*, p. 125-139.

9. Cf. L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, trad. fr. F. Dastur et al., Gallimard, 2004 (1953), notamment § 80 et 142. Les spécialistes soulignent néanmoins d'importantes différences sur ce point entre Waismann et Wittgenstein. Fort heureusement, je n'ai pas besoin de m'aventurer sur ce terrain. Cf. M. Carpentier, *Norme et exception, Essai sur la défaisabilité en droit*, L.G.D.J., 2014, p. 515 s.

particulier deux thèses[10]. Il nomme la première « incomplétude essentielle d'une description empirique » :

> « s'il fallait que je décrive ma main droite, que je tiens en l'air, je pourrais en dire différentes choses : je pourrais énoncer sa taille, sa forme, sa couleur, sa texture, les composants chimiques de ses os et de ses cellules, et j'ajouterais peut-être d'autres détails. Mais aussi loin que j'aille, je n'atteindrai jamais un point où ma description sera complète : d'un point de vue logique, il est toujours possible de l'étendre en ajoutant un détail ou un autre. Toute description se déploie pour ainsi dire dans un horizon de possibilités ouvertes : aussi loin que j'aille, j'emporterai toujours cet horizon avec moi »[11].

La seconde thèse est liée à la première, mais n'en demeure pas moins distincte et, de l'aveu même de l'auteur, « beaucoup plus intéressant[e] »[12]. C'est cette idée, ou en tous cas son nom, qui est devenue célèbre chez les juristes grâce à Hart. Elle est en général qualifiée de « texture ouverte », et Waismann la résume en une phrase : « la plupart de nos concepts empiriques ne sont pas délimités dans toutes les directions possibles »[13]. Autrement dit, un concept peut toujours être confronté à un objet à l'égard duquel son emploi est incertain. On comprend aisément en quoi cette seconde thèse est liée à la première : s'il était possible de définir de manière totale un concept, aucun cas ne pourrait survenir dans lequel son application serait douteuse. Mais comme une telle définition est impossible :

> « Quoi qu'on fasse, aucun concept n'est limité d'une manière telle qu'il n'y ait plus de place pour aucun doute. Nous introduisons un concept et nous le limitons dans *certaines* directions ; nous définissons par exemple l'or par opposition à d'autres métaux comme les alliages. Cela suffit pour ce dont nous avons maintenant besoin, et nous ne cherchons pas plus loin. Nous avons tendance à *ne pas voir* le fait qu'il y a toujours d'autres directions dans lesquelles le concept n'a pas été défini. Et si nous le faisions, il nous serait facile d'imaginer des conditions qui rendraient nécessaires de nouvelles limitations. Bref, il n'est pas possible de définir un concept comme l'or avec une précision absolue, c'est-à-dire de façon à ce que tous les coins et recoins soient colmatés pour empêcher l'entrée du doute. Voilà ce que l'on entend par texture ouverte d'un concept »[14].

---

10. Cf. Michel van de Kerchove, qui les qualifie d'« absence de délimitation complète » et d'« absence de délimitation nette ». M. van de Kerchove, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in M. van de Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1978, p. 21 s.
11. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 331.
12. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 334.
13. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 328.
14. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 329.

Autrement dit, on ne peut jamais exclure la survenue du doute, de l'hésitation, de « désaccords insolubles »[15] dans l'application d'un concept, car ses frontières ne sont jamais délimitées de manière complète. Le terme forgé en allemand par Waismann pour qualifier cette observation est des plus explicites : la porosité des concepts (*Porosität der Begriffe*)[16]. Waismann publia néanmoins son texte en anglais, et adopta la traduction suggérée par un collègue, "*open texture*"[17]. On verra néanmoins que l'appellation « texture ouverte », désormais répandue en français, prête à confusion, raison pour laquelle on préférera ici la « porosité des concepts ».

L'intérêt de l'observation de Waismann pour la théorie du droit est évident. À supposer qu'il soit établi que l'homme invisible existe, serait-il concerné par l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en vertu duquel « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » ? Autrement dit, l'homme invisible est-il un homme ? La réponse à cette question nécessite de savoir si le fait d'être visible est un élément du concept « homme ». Évidemment, nul ne s'était jamais posé la question : « aussi longtemps que la nouvelle expérience insolite, ou qui en tout cas bouscule la routine d'application de ce concept, ne s'est pas présentée, il est probable que la question n'ait même pas de sens. Comment distinguer ce que l'expérience ne nous a pas forcé à distinguer ? »[18]. Dès lors qu'un système juridique suppose l'application de normes générales à des cas particuliers, le problème identifié par Waismann intéresse le théoricien du droit.

Anthony Flew le remarquait dès l'introduction d'un volume qui rassemblait plusieurs essais relatifs au langage et à la logique, dont la contribution de Waismann. Flew expliquait avoir été guidé, dans le choix des textes, par l'intérêt que chaque étude pouvait présenter pour d'autres champs de la philosophie. Et aussitôt, il insistait sur les implications de la porosité des concepts pour l'application des normes juridiques[19]. Hart possédait ce volume, puisqu'il y publiait également un article, placé juste après celui de Waismann[20]. À supposer, de manière assez invraisemblable, que l'intérêt de ce concept ne lui soit pas déjà

15. Ph. de Lara, *loc. cit.*, p. 97.
16. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 327, note 1.
17. *Ibid*. Waismann attribue le terme à « M. Kneale ». Il s'agit certainement du philosophe William Kneale, avec lequel Waismann donna un séminaire à Oxford.
Cf. http://www.philosophy.ox.ac.uk/news__events/older_news/in_memoriam_michael_dummett_1925-2011.
18. J. Benoist, *Concepts, Une introduction à la philosophie*, Flammarion, 2013 (2010), p. 146. Cf. aussi les développements de F. Recanati, *Le sens littéral, langage, contexte, contenu*, trad. fr. Cl. Pichevin, Éditions de l'éclat, 2007 (2004), p. 214-229, avec les références à des réflexions similaires chez Austin, Searle et Putnam.
19. A. Flew, « Introduction », in A. Flew (dir.), *op. cit.*, p. 3.
20. H. L. A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", in A. Flew, *op. cit.*, p. 145-166.

apparu lors de sa fréquentation de Waismann ou de sa lecture de *Verifiability*, un simple coup d'œil à l'introduction de Flew devait le mener à mobiliser le texte de Waismann au sein d'une réflexion juridique.

Dix ans après la parution du volume élaboré par Flew, Hart publiait son ouvrage fondamental, *The Concept of Law*, dans lequel il mentionnait pour la première fois la porosité des concepts et citait l'article de Waismann[21]. Hart, néanmoins, ne s'appuyait sur aucun exemple fantastique ou merveilleux, et s'intéressait à des cas beaucoup plus anodins. Il est évident qu'une automobile est un « véhicule ». Mais qu'en est-il d'une voiture téléguidée, d'un fauteuil roulant ou d'une trottinette ?[22] Cette différence dans le choix des exemples entre Hart et Waismann peut conduire à douter de la similitude de leur raisonnement. Pourquoi l'un a-t-il besoin d'imaginer un lilliputien alors que l'autre peut se contenter d'une planche à roulette ?

Pour partie, la divergence des illustrations s'explique par le fait que le centre d'intérêt des deux auteurs est différent. Hart s'occupe des problèmes d'application des normes juridiques, tandis que Waismann s'intéresse aux conditions de vérification des énoncés empiriques. Par ailleurs, comme il apparaîtra dans un instant, les deux auteurs évoquent la porosité des concepts pour exprimer des idées sensiblement différentes[23]. Mais un socle commun est tout de même identifiable entre les deux. Brian Bix a pu décrire la « texture ouverte » au sens de Waismann comme la « texture ouverte » au sens de Hart poussée à la limite : les exemples surnaturels permettent de montrer que, aussi prévoyant et précis que soit le législateur, il est toujours envisageable qu'un cas difficile survienne[24]. L'insistance sur le merveilleux permet de montrer que l'incertitude dans l'application du concept ne peut jamais être exclue. Waismann écarte ainsi l'argument selon lequel « de telles choses n'arrivent pas » : « C'est vrai ; mais elles *pourraient* se produire, et cela suffit à montrer que nous ne pouvons jamais entièrement exclure la possibilité qu'une situation imprévue se présente, dans laquelle il faudrait que nous modifions notre définition »[25].

C'est donc un problème similaire qui apparaît lorsque l'on se demande si l'homme invisible est un homme et si une trottinette est un véhicule[26]. Simplement, pour le théoricien du droit, la seconde question est plus intéressante : l'application des normes juridiques nécessite fréquemment de se confronter

21. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 128 et 297.
22. Cf. *ibid.*, p. 126.
23. Cf. *infra*. Pour une analyse beaucoup plus complète et subtile que celle présentée ici, cf. M. Carpentier, *op. cit.*, p. 524 s.
24. B. Bix, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarend Press, 1993, p. 17.
25. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 329.
26. Problème similaire, mais pas identique. Cf. M. Carpentier, *op. cit.*, p. 525 s.

à ce type de difficulté[27]. L'incertitude propre au fantastique littéraire, qui touche aussi l'application de nos concepts à des phénomènes merveilleux, peut donc être transposée au traitement juridique de cas tout à fait quotidiens. Il n'en demeure pas moins que l'usage que fait Hart de la porosité des concepts est beaucoup moins subtil que chez Waismann[28]. Hart se réfère à cette notion de manière imprécise. De la sorte, il a favorisé plusieurs confusions à l'égard de la porosité des concepts, confusions qu'il convient maintenant de lever.

II. La porosité des concepts et le vague

Dans *The Concept of Law*, Hart affirme avoir déjà examiné la pertinence de l'"*open texture*" pour l'étude du droit dans deux textes précédents[29]. Néanmoins, si ces écrits antérieurs s'intéressent à la philosophie du langage, ils ne portent pas sur la porosité des concepts. Le premier est consacré au statut particulier du langage qui décrit des normes[30]. Le second concerne un problème différent mais voisin, qui est également au cœur du paragraphe consacré à la porosité des concepts dans son ouvrage[31]. Ce problème est celui du vague (*vagueness*), que Hart ne distingue pas clairement de la porosité des concepts[32].

27. Cf. récemment F. Schauer, "Analogy in the Supreme Court: *Lozman v. City of Riviera Beach, Florida*", *Supreme Court Review*, 2013, p. 405.
28. B. Bix, "Defeasibility and Open Texture", in J. Ferrer Beltran et G. Battista Rati (dir.), *The Logic of Legal Requirements, Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012, p. 193.
29. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 297.
30. H. L. A. Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence" (1953), in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, p. 21-48. Seul un court passage (p. 32) évoque quelque peu, sans employer le mot, l'idée de porosité des concepts. Hart sollicite d'ailleurs très brièvement les exemples des concepts de « chaise » et de « chat », qui sont deux illustrations utilisées dans les textes pertinents de Wittgenstein et de Waismann.
31. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 124 ss.
32. Dans *The Concept of Law* (*ibid.*, p. 297), Hart mentionne deux autres références sur « la pertinence [de la texture ouverte] pour le raisonnement juridique ». Mais ni l'une ni l'autre ne portent à proprement parler sur la porosité des concepts. Dans le chapitre auquel renvoie Hart, Julius Stone démontre les limites du syllogisme judiciaire, de l'application de la logique pour résoudre un conflit juridique. Cf. J. Stone, *The Province and Function of Law*, Associated General Publications, 1947, p. 137-146. L'article de John Dewey également cité par Hart se concentre sur le même thème, mais aborde plus directement la question de la porosité des concepts en un bref passage. Cf. J. Dewey, "Logical Method and Law", *Cornell Law Quaterly*, 1924, p. 26 : les lois « ne peuvent éviter une certaine ambiguïté qui est due non seulement à la négligence mais aussi à l'impossibilité intrinsèque de prévoir toutes les circonstances possibles, puisque sans une telle prévision les définitions sont forcément vagues et les classifications indéterminées ».

Dans cet article de 1958, Hart introduisait un exemple repris dans l'ouvrage et devenu célèbre, celui de l'interdiction faite aux véhicules de pénétrer dans un parc[33]. Son objectif était de critiquer la thèse des « Réalistes » américains, selon lesquels les normes générales ne contraignaient pas du tout les juges. Certes, la règle n'impose pas au juge de décider d'une manière ou d'une autre lorsqu'un enfant souhaite entrer dans le parc sur une trottinette. « Une trottinette est-elle un véhicule ? » constitue, comme le remarquait Flew, une phrase interrogative qui ne nécessite pas tant une réponse qu'une décision[34]. Mais il n'en demeure pas moins que la décision conforme au droit est évidente face à un camion : un camion est sans aucun doute un véhicule. Ce sur quoi Hart insiste est donc l'existence de cas faciles et de cas difficiles, d'un « noyau de sens établi » et d'une « pénombre d'incertitude »[35].

Bien entendu, Hart n'est pas le premier à faire cette observation. Il est probable que le célèbre article *Vagueness*[36] de Bertrand Russell l'ait inspiré[37]. Même parmi les juristes, la distinction entre le centre et la marge dans l'application des concepts et donc des normes est bien antérieure à Hart. Il renvoie lui-même à John Austin[38], et cette idée apparaît par exemple également sous la plume d'Adolf Merkl, membre important de l'école de Vienne : « Chaque mot a, en dehors d'un certain noyau de signification, des significations périphériques plus ou moins fluctuantes »[39].

33. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals" (1958), in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 49-87 (p. 62-72 sur le point qui nous intéresse). Cet article fit l'objet d'une critique par Lon Fuller, et cette controverse doctrinale est demeurée célèbre. Pour une présentation limpide, cf. F. Schauer, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", 83 *New York University Law Review*, 2008, vol. 83, p. 1109-1134.
34. A. Flew, *loc. cit.*, p. 3.
35. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *loc. cit.*, p. 63 s.
36. B. Russell, « Vagueness », *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, 1923, p. 84-92, republié dans B. Russell, *Essays on Language, Mind, and Matter, 1919-1926*, éd. par J. Slater, Unwin Hyman, 1988, p. 147-154.
37. Cf. en ce sens par exemple F. Schauer, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", *loc. cit.*, p. 1125 ; B. Bix, *loc. cit.*, p. 195, note 13.
38. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *loc. cit.*, p. 65 ; H. L. A. Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 274.
39. Adolf Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts » (1918), in H. Klecatsky, R. Marcic et H. Schambeck (éd.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, Tome 1, Europa Verlag, 1968 p. 1111. Comme le remarque Andras Jakab, à qui j'emprunte la traduction en la modifiant très légèrement : « nous sommes en 1918, déjà bien longtemps avant Herbert Hart ». A. Jakab, « Problèmes de la *Stufenbaulehre*. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et Société*, n° 66, 1007, p. 416, note 21.

Or, ce problème du flou aux marges n'est pas équivalent à la question de la porosité des concepts. Waismann est très explicite sur ce point :

> « Le *vague* doit être distingué de la *texture ouverte*. D'un mot qui est effectivement utilisé de façon fluctuante (comme "tas", ou "rose"), on dit qu'il est vague. Un terme comme "or", bien que son usage effectif puisse ne pas être vague, est non-exhaustif, ou a une texture ouverte, dans la mesure où nous ne pouvons jamais combler tous les espaces possibles par lesquels le doute pourrait s'infiltrer. La texture ouverte est donc quelque chose comme *la possibilité du vague*. On peut remédier au vague en donnant des règles plus rigoureuses ; cela est impossible pour la texture ouverte »[40].

S'il est possible de choisir des termes plus ou moins vagues lors de la rédaction d'une loi, s'il est envisageable de s'efforcer de repousser la périphérie, d'augmenter la surface du « noyau de sens établi », il est exclu de parvenir à une définition complète, de supprimer toute marge d'incertitude, de prévenir la possibilité même de la survenance d'un cas difficile. C'est cela que désigne la porosité des concepts, et c'est à cet effet que Waismann convoque des exemples merveilleux, qui permettent de démontrer son argument à l'égard de concepts pour lesquels le doute ne semble pas concevable, tel qu'un homme, un chat ou de l'or.

Si, dans l'article de 1958, Hart mentionne en passant le caractère inévitable des zones floues[41], ce n'est que trois ans plus tard, dans *The Concept of Law*, qu'il emploiera le terme de « texture ouverte ». Néanmoins, dans cet ouvrage aussi, l'intérêt principal de Hart demeure la question des cas d'application facile et des marges d'incertitude, et son utilisation des mots "*open texture*" est trompeuse. Il écrit ainsi que les règles, qui fonctionnent aisément face aux cas ordinaires, se révèleront indéterminées dans certaines situations : « elles auront ce qu'on appelle une texture ouverte »[42]. Mais la porosité des concepts n'est pas quelque chose qui est créée par le cas difficile. Pour Waismann, il s'agit d'une caractéristique intrinsèque aux concepts empiriques. Elle est présente *ab initio* et est simplement révélée à l'occasion d'une situation inattendue. D'autres expressions de Hart sont encore plus trompeuses, et ressemblent à une assimilation entre la porosité des concepts et le vague[43]. Il distingue ainsi les standards généraux, tel que l'homme raisonnable, des règles spécifiques, qui n'ont qu'une « frange de

40. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 329 s. Pour une discussion de ce passage, cf. M. Carpentier, *op. cit.*, p. 519 ss.
41. Cf. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *loc. cit.*, p. 71 : "laws are incurably incomplete".
42. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 128 : "they will have what has been termed an *open texture*".
43. Cf. F. Schauer, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", *loc. cit.*, p. 1126, note 62.

texture ouverte »[44]. Il semble suggérer qu'il est possible, bien que non souhaitable, de réduire la porosité des concepts en les définissant plus précisément[45]. Or, toute la démonstration de Waismann, on vient de le voir, va dans l'autre sens. Ce dont parle en réalité Hart, c'est de l'usage de termes plus ou moins précis, et donc inversement plus ou moins vagues[46]. Sans doute Hart avait-il à l'esprit la distinction entre le vague et l'inéliminable possibilité de survenance du vague que décrit la porosité des concepts. Dans un texte ultérieur, il présente en effet de manière exacte la notion développée par Waismann[47]. Mais dans les écrits où il s'efforce d'appliquer cette idée à l'étude du droit, il emploie indifféremment les termes de Waismann pour décrire l'un et l'autre de ces phénomènes, et a ainsi conduit de nombreux auteurs à évoquer la « texture ouverte » pour décrire le caractère imprécis d'un énoncé[48]. Les auteurs français, soit dit en passant, ont également pu être poussés sur cette pente par les termes mêmes de l'expression

44. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 133 : "rule, requiring specific actions, with only a fringe of open texture". Cf. aussi *ibid.*, p. 123 : "Nothing can eliminate this dualty of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules. This imparts to all rules a fringe of vagueness or 'open texture'".
45. *Ibid.*, p. 129 s.
46. Cf. F. Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, 1991, p. 35 s., note 26.
47. H. L. A. Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", in F. Wieacker et Chr. Wollschläger (dir.), *Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, p. 68-78 ; republié in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 265-277. Dans ce texte, préparé pour un public essentiellement germanophone à l'occasion d'un colloque sur Jhering à Göttingen, Hart parle plus volontiers de « *Porosität* » que d'"*open texture*" (cf. p. 274 s.).
48. Cf. par exemple, de manière très explicite, un texte où Stéphane Rials distingue les règles selon qu'elles ont une texture plus ou moins ouverte, c'est-à-dire selon qu'elles sont plus ou moins précises. S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 165. Cf. aussi F. Schauer, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", *loc. cit.*, p. 1126, note 62 : « Une génération de professeurs de droit […], peut-être pour se donner un air sophistiqué, a utilisé "texture ouverte" comme synonyme de "vague" ». Cf. aussi la plupart des auteurs cités par Ph. Gérard et M. van de Kerchove, « La réception de l'œuvre de H.L.A. Hart dans la pensée juridique francophone », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, 2007, p. 150 s. Cf. encore N. MacCormick, « La texture ouverte des règles juridiques », in P. Amselek et Chr. Grzegorczyk (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P.U.F., 1989, p. 111 ; L. Fonbaustier, « Réflexions critiques sur un principe à texture ouverte : l'égalité devant l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, n° 46, 2002, p. 79-102 ; C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 599 ; et récemment Lucie Sponchiado, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 96, 2013, p. 957 : « […] ce qu'avec H.L.A. Hart il convient de qualifier de syntagmes à "texture ouverte" : expressions malléables qui opèrent comme une habilitation ouverte pour le [juge] ».

« texture ouverte », qui évoquent le « texte » et font donc penser à l'imprécision du langage, au caractère « ouvert » du « texte » qui permet de multiples appréciations. Pour cette raison, répétons-le, il serait préférable de parler de « porosité des concepts ».

Avec cette référence biaisée à la « texture ouverte », la théorie du droit est doublement perdante : d'une part elle complique inutilement les choses en appelant de manière étrange un phénomène bien connu, d'autre part elle passe à côté de la subtilité de la démonstration de Waismann.

III. La porosité des concepts et la solution juste

Hart ne se contente pas de signaler que la porosité des concepts est inévitable. Il ajoute qu'il s'agit d'un phénomène bénéfique. Sa démonstration sur ce point n'est guère convaincante. Même si le droit pouvait utiliser des concepts parfaitement délimités, explique Hart, il ne serait pas souhaitable d'édicter des normes dont l'application ne soulèverait jamais aucun doute. Pourquoi ? « Parce que nous sommes des hommes, et non des dieux »[49]. Notre monde ne contient pas un ensemble fini d'éléments et de combinaisons entre ces éléments, nous ne pouvons pas tout prévoir à l'avance. Bien entendu, au contraire de ce qu'il annonce, Hart ne démontre pas ici en quoi des normes d'application toujours certaines ne seraient pas souhaitables : il se contente de répéter qu'elles sont impossibles.

L'argument annoncé intervient dans un second temps. Si les zones de pénombres sont les bienvenues, c'est parce qu'elles permettent au juge (plus précisément : à l'organe chargé d'appliquer la norme) d'adapter sa décision aux circonstances de l'espèce. Les cas imprévus peuvent ainsi être réglés « raisonnablement », en tenant compte des « buts sociaux » de la réglementation et des conséquences de la décision[50]. Ainsi, face à une voiture télécommandée, l'organe compétent comparera les intérêts en présence et fera prévaloir le calme dans le parc ou bien le plaisir de l'enfant[51]. Les marges d'incertitude, les cas difficiles permettent au juge de se prononcer de manière informée et contextualisée dans des situations non envisagées lors de l'édiction de la norme générale.

Le problème est que la survenue de circonstances imprévues, l'apparition de cas difficiles, ne sont pas limitées aux cas où l'application du concept est incertaine. Il est également possible, et fréquent, que la correspondance entre l'espèce et la norme générale ne fasse aucun doute, mais que l'application de la norme semble dans cette situation injuste, stupide ou scandaleuse. En d'autres termes, il

49. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 128.
50. *Ibid.*, p. 130.
51. *Ibid.*, p. 129.

se peut que l'application de la norme à une situation imprévue paraisse contraire à la justification de la norme, à la raison pour laquelle elle a été adoptée. L'essentiel du paragraphe de *The Concept of Law* consacré à la « texture ouverte » porte sur cette question. Hart donne parfois l'impression que par « texture ouverte du droit », il entend désigner plus largement ces doutes sur l'opportunité de l'application de la norme. Ce problème, néanmoins, n'a rien à voir avec le langage et la porosité des concepts. Il ne fait aucun doute, par exemple, qu'une ambulance est un véhicule. En l'absence d'une norme qui exempte les engins de secours des règles générales, le règlement qui interdit les véhicules dans le parc s'applique évidemment aux ambulances. Si Chaïm Perelman prétend l'inverse, c'est parce qu'il ne distingue pas entre ce que le juge doit faire en vertu du droit, et ce qu'il devrait faire en vertu d'autres considérations :

> « Supposons qu'un agent de police soit posté à l'entrée du parc pour faire observer le règlement communal. Devrait-il interdire l'entrée d'une ambulance venue chercher la victime d'un accident cardiaque, ou même celle d'un taxi appelé pour conduire à l'hôpital un enfant qui s'est cassé la jambe lors d'une chute malencontreuse ? »[52]

Bien sûr, l'agent ne *devrait* pas barrer la route à l'ambulance, bien que le règlement l'exige. Il est parfois indiqué, pour des raisons morales, politiques ou autres, de ne pas obéir au droit. Mais l'indétermination du langage n'a rien à voir là-dedans, et la décision de préserver la vie du cardiaque plutôt que la tranquillité du parc n'est pas liée à l'interprétation de l'énoncé[53]. Dans une sorte de « concession »[54] à Fuller, qui avait livré une célèbre critique de l'essai où Hart introduisait l'exemple de l'interdiction des véhicules dans le parc[55], Hart renchérissait sur ce point : la justification de la norme peut « montrer que les mots dans le contexte d'une règle juridique sont susceptibles d'avoir une signification différente de celle qu'ils ont dans d'autres contextes »[56]. Autrement dit, puisque la vie du malade l'emporte sur la tranquillité des promeneurs, l'ambulance n'est pas un véhicule « au sens du règlement ». Par un tel raisonnement, on présente comme application de la norme ce qui, en réalité, en est une violation, certes bienvenue.

---

52. Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle réthorique* [sic], Dalloz, 1976, p. 54.
53. Contra *ibid*.
54. F. Schauer, "A Critical Guide to Vehicles in the Park", *loc. cit.*, p. 1129. Cf. contra M. Carpentier, *op. cit.*, p. 532.
55. Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 1958, p. 661-672. Pour Fuller, l'application d'une loi dépend de son but, de sa justification. Ainsi, un règlement qui interdit de dormir dans une gare n'est pas applicable à un homme d'affaire qui s'est assoupi en attendant son train, car l'objectif de la loi est évidemment de chasser les sans-abris (p. 664).
56. H. L. A. Hart, « Introduction », in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 8. Cf. aussi H. L. A. Hart, "Problems of the Philosophy of Law" (1967), in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 106.

Il en va de même lorsque l'on souhaite appliquer une norme à des faits qu'elle ne prévoit pas, mais qui semblent correspondre à sa justification. Si, pour une raison quelconque, les singes parlaient et raisonnaient comme les être humains, la question pourrait se poser de leur accorder des droits politiques. Mais cette décision n'aurait rien à voir avec la porosité des concepts ou avec le vague : le droit positif n'accorde de tels droits qu'à certains être humains, et il est évident qu'un singe, tout doué de parole et de raison qu'il soit, n'est pas un être humain[57]. Le vague apparaît lorsque l'on se demande si l'homme invisible peut voter. Et la porosité des concepts traduit l'idée que cette question pourrait un jour se poser, qu'il est impossible de trouver une formulation de norme « qui laisse enfin et une fois pour toutes notre esprit [et nos juges !] en paix »[58]. En résumé, le problème que pose l'application injuste ou absurde d'une norme est différent de l'imprécision de son énoncé, et de la porosité des concepts, c'est-à-dire de l'impossibilité d'empêcher la survenance de l'incertitude[59].

IV. La porosité des concepts et l'indétermination généralisée du langage

En se référant de manière imprécise à la porosité des concepts, Hart a pu conduire des auteurs à commettre une erreur beaucoup plus fondamentale que celles mentionnées précédemment. D'une part, si Hart renvoie à Waismann, il désigne surtout sous les termes de « texture ouverte » la question voisine mais distincte du vague, de l'imprécision des termes d'une loi. D'autre part, il laisse entendre que le sens d'un énoncé normatif dépendrait du « but » de la norme. On peut dès lors le tenir partiellement responsable d'une confusion importante, qu'il ne commet pas mais qu'il provoque : la « texture ouverte » traduirait l'idée d'une indétermination généralisée du langage juridique.

Voici comment un auteur présentait récemment l'idée de la « "texture ouverte" du langage juridique » : « Selon cette approche, les mots, en droit, n'ont pas de sens prédéfini et leur utilisation dans la formulation d'une norme ne présuppose pas qu'ils soient interprétés selon leur sens commun »[60]. Et l'auteur de citer, pour appuyer son propos, un passage de Hart sur les zones de pénombre comme s'il

57. On ne fait pas échec à cette évidence en invoquant la définition de l'homme comme un animal qui parle. Cette définition est en effet évidemment incomplète, et passe sous silence tout un « arrière plan » qui comprend par exemple la physionomie humaine. Cf. à ce propos A. Comte-Sponville, *Présentations de la philosophie*, Albin Michel, 2000, p. 162.
58. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 329.
59. Cf. F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, p. 212-215.
60. David Soldini, « Réflexions sur la parution de la traduction de l'ouvrage de Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction* », *Revue du droit public*, 2013, p. 1557.

traitait de l'application quotidienne du droit[61]. Un autre auteur assure que pour tout un pan de la doctrine,

> « La texture ouverte du langage [permet de] contester vigoureusement que la description du droit soit possible sur la simple base d'un mécanisme de dévoilement du sens des normes. Le droit étant constitué de mots, leur signification n'apparaît clairement qu'à l'issue d'un acte d'interprétation du juriste, cet acte étant un acte de volonté et non un acte de connaissance. […] La neutralité du juriste – juge ou auteur de doctrine – serait donc impossible »[62].

La thèse de l'indétermination totale du langage est évidemment absurde[63]. Dire qu'un énoncé peut permettre plusieurs interprétations est une chose. C'en est une autre d'affirmer qu'un énoncé permet toutes les interprétations, que rien ne permet de dire si une interprétation est permise ou non par l'énoncé. En tout état de cause, ce n'est pas la thèse de Hart. Celui-ci insiste à de multiples reprises sur le fait qu'il existe des cas faciles, qu'il n'y a pas que des trottinettes mais aussi des automobiles, que l'application des normes juridiques ne pose parfois aucun problème[64]. S'il critique le mythe de l'application mécanique du droit, il s'en prend également aux thèses selon lesquelles le juge n'est absolument pas contraint par les normes qu'il applique. La théorie du noyau de certitude et de la pénombre de doute est conçue comme une voie médiane entre ces deux extrêmes insoutenables[65].

À cet égard, il ne se distingue pas de Waismann, contrairement à ce qui a été récemment prétendu. Philippe de Lara assure que, au contraire de Hart, Waismann ne maintient pas l'incertitude aux frontières du concept, mais l'étend à tous ses usages[66]. Ce reproche semble infondé[67]. Waismann n'affirme pas que l'emploi des concepts est toujours incertain, mais uniquement qu'il est impossible de donner une définition complète du concept, qui pare à toutes les éventualités et empêche la survenance de toute incertitude. Dans les cas ordinaires, cependant, les concepts sont utilisés sans problème :

> « Dans la vie quotidienne, nous comprenons les phrases sans nous inquiéter beaucoup de la façon dont elles sont vérifiées. […] Il est inutile de s'enquérir de la vérification de phrases telles que le "le chien aboie", "il court", "il

61. *Ibid.*, note 17.
62. Daniel Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 455.
63. Cf. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2002, p. 789-836.
64. Cf. par exemple H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 135 ; H. L. A. Hart, « Introduction », *loc. cit.*, p. 8.
65. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 130.
66. Ph. de Lara, *loc. cit.*, p. 98.
67. Cf. B. Bix, *op. cit.*, p. 16.

est joueur", etc., car les mots sont ici employés, pourrait-on dire, de façon *normale*. Mais lorsque nous disons "le chien pense", nous créons un nouveau contexte, nous sortons des limites du langage ordinaire, et la question se pose alors de savoir ce que signifie une telle suite de mots. Dans des cas de ce genre, expliquer la vérification c'est expliquer la signification »[68].

Waismann ne conclut donc pas plus que Hart ou Wittgenstein à un dysfonctionnement généralisé du langage. Dire que les concepts ne sont pas parfaitement déterminés ne revient pas à dire qu'ils ne le sont pas du tout[69]. Même les théories du langage les plus hostiles à un « sens littéral » des énoncés, parmi lesquelles on peut ranger Waismann[70], se refusent à aller si loin. L'un des principaux philosophes contemporains du langage résume ainsi la thèse de Waismann :

> « Dans le cadre théorique de Waismann, les mots sont associés aux situations d'emploi, et c'est tout. Pour appliquer le mot à et dans une situation nouvelle, cette situation doit ressembler aux situations sources ; mais nous ne pouvons inventorier à l'avance toutes les dimensions possibles de ressemblance entre les situations sources et les situations cibles éventuelles : encore la "texture ouverte" ! »[71]

Mais cela n'entraîne pas un relativisme total. Aucun auteur qui s'est intéressé sérieusement au langage n'a jamais soutenu la thèse en vogue chez les juristes, selon laquelle les mots n'auraient aucun sens, et laisseraient toute liberté au juge pour attribuer une signification à un énoncé. François Recanati le souligne à l'égard de la position qu'il appelle l'« éliminativisme sémantique », selon laquelle une expression n'a pas de signification-type, mais prend son sens selon son contexte d'emploi[72]. Cela ne signifie pas, explique Recanati, que les mots utilisés n'ont aucune importance. La signification de l'énoncé dépendra en effet des emplois antérieurs du mot, ce qui permettra de comparer la situation-cible à la situation-source[73] : « Le contexte ne fait pas tout, même dans la version la plus extrême du contextualisme »[74]. Les utilisations passées du mot « véhicule » permettent de s'interroger sur son application à une trottinette, mais pas à une pince à linge.

---

68. F. Waismann, *loc. cit.*, p. 326. Pour un traitement plus approfondi de l'importante question philosophique abordée dans cet extrait, cf. B. Russell, "Do Dogs Think?" (1932), in B. Russell, *Morals and Others, Volume II, American Essays 1931-1935*, éd. par H. Ruja, Routledge, 1998, p. 5 s.
69. J. Benoist, *op. cit.*, p. 155.
70. Cf. J. Benoist, *op. cit.*, p. 154.
71. F. Recanati, *op. cit.*, p. 221.
72. *Ibid.*, p. 224.
73. *Ibid.*, p. 224 et 231.
74. *Ibid.*, p. 231.

On ne saurait donc se fonder ni sur Hart ni sur Waismann pour défendre la thèse selon laquelle il n'y aurait « dans les textes aucun sens à découvrir »[75]. Ces auteurs permettent d'écarter l'idée – souvent critiquée mais dont on se demande si elle a jamais été vraiment défendue par quiconque – que la loi peut être appliquée de manière mécanique : il est toujours possible que surviennent des cas, tels une trottinette ou un homme invisible, dont la correspondance au concept, aux termes de la loi, ne peut être ni confirmée ni écartée avec certitude. Le juge devra choisir. Mais on se laisse emporter par son élan si l'on soutient que jamais l'énoncé de la loi n'indique clairement une solution. Comme l'écrivait Adolf Merkl, si chaque mot peut se prêter à des interprétations certaines et à d'autres douteuses, il exclut également clairement certaines interprétations[76]. La porosité des concepts signifie que le doute peut toujours surgir, et non qu'il est toujours là. En l'absence d'intervention du législateur, il reviendra au juge de décider si l'homme invisible est un « homme » pour l'application du droit. Il n'existe pas de réponse vraie ou fausse à cette question. Mais cela n'implique évidemment pas qu'il est difficile de répondre à la question « un chien est-il un homme ? ». Il est surprenant qu'une partie importante de la doctrine contemporaine peine à distinguer les chiens des hommes invisibles.

75. Cf. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'état*, P.U.F., 2001, p. 71-74. Michel Troper n'invoque ni Waismann ni Hart à ce propos. Je le cite ici en raison de sa grande influence sur la doctrine française, au sein de laquelle certains auteurs pensent trouver un appui supplémentaire chez Hart.
76. A. Merkl, *loc. cit.*, p. 1111.