



Le raisonnement juridique : une pratique spécifique ?

Pierre Brunet

► To cite this version:

Pierre Brunet. Le raisonnement juridique : une pratique spécifique ?. International Journal for the Semiotics of Law / Revue internationale de sémiotique juridique, 2013, pp.1-15. <10.1007/s11196-013-9310-4>. <halshs-00784098>

HAL Id: halshs-00784098

<https://shs.hal.science/halshs-00784098v1>

Submitted on 3 Feb 2013

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.



HAL Authorization

Pierre Brunet
Université Paris Ovest Nanterre
UMR CNRS 7074 Centre de Théorie et Analyse du Droit
Institut Universitaire de France
pierre.brunet@u-paris10.fr

International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique

"The final publication is available at www.springerlink.com".

<http://link.springer.com/article/10.1007/s11196-013-9310-4>

Le raisonnement juridique : une pratique spécifique ?

Abstract – Selon une thèse largement partagée, le droit et une pratique sociale et les contributions des participants sont complémentaires les uns des autres. Dans ces conditions, le raisonnement juridique consiste d'abord en une interprétation de ces pratiques et présuppose un point de vue interne de la part de celui qui souhaite en rendre compte. Le raisonnement juridique est ainsi conçu comme une argumentation pratique, subordonnée aux exigences de la rationalité car ceux qui participent à la pratique juridique sont contraints de donner des raisons à leur action et ces raisons tissent un réseau de contraintes. Très séduisante, cette thèse qui doit beaucoup à la critique des réalistes par Hart, n'en demeure pas moins justiciable de quelque critique.

Keywords – Raisonnement juridique · Pratique sociale · Argumentation · Herméneutique · Hart · Dworkin · Interprétation · Valeurs · Point de vue interne ·

Très à la mode depuis les années 80, l'expression de « raisonnement juridique » (*juristische* ou encore *juridische Argumentation*, *legal reasoning*, *razonamiento juridico*, *ragionamento giuridico*) n'était – sauf erreur – que très rarement employée jusque dans les années soixante. Elle ne figure pas telle quelle chez les principaux auteurs tels que Hart, Kelsen ou Ross pour ne

prendre qu'eux. L'expression ne commence véritablement à se répandre dans la littérature scientifique que dans les années soixante (on pense notamment¹ à [67] qui influencera beaucoup Hart [21] ainsi que [28, 29] et [62, 69] et un peu plus tôt [4] qui fut d'abord présenté lors d'un colloque sur la preuve en droit à Bruxelles en août 1953) et plus nettement encore au début des années 70² ([7],[12]et[1]). Notons aussi que si, en français, on parle volontiers de raisonnement juridique pour désigner dans le même temps le raisonnement des juristes et celui des juges (voire principalement celui des juges), les autres langues distinguent volontiers entre raisonnement juridique et raisonnement judiciaire (même s'il est vrai que les ouvrages intitulés « raisonnement juridique » traitent principalement du raisonnement judiciaire).

Pour autant, on sait bien que les juristes de common law ne cessent depuis fort longtemps de se disputer – au sens philosophique du terme – sur la question de la spécificité du raisonnement juridique. La référence « ultime » ici est la fameuse phrase de Coke sur la « raison artificielle » du droit : « reason is the life of the Law, nay the common law itself is nothing else but reason, which is to be understood of an Artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man's natural reason »³[11], (§138 97b).

L'argument fut très sévèrement critiqué par Hobbes qui, dans le *Dialogue entre un philosophe et un légiste des Common-Laws d'Angleterre*, fait dire au philosophe : « This does not clear the place, as being partly obscure, and partly untrue. That the reason which is the life of the law, should be not natural, but artificial, I cannot conceive. I understand well enough, that the knowledge of the law is gotten by much study, as all other sciences are, which when they are studied and obtained, it is still done by natural, and not by artificial reason. I grant you, that the

¹ On pense notamment à Wasserstrom, Richard A. 1961. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford UP (dont Hart a rendu compte longuement : Hart, H.L.A. 1962. *The Judicial Decision* by Richard A. Wasserstrom. *Stanford Law Review* 14: 919–926) ; Levi, Edward H. 1962. *An Introduction to Legal Reasoning (1941-1948)*. Chicago: The University of Chicago Press ; Levi, Edward H. 1964. *The Nature of Judicial Reasoning*. In *Law and Philosophy*, ed. Sidney Hook, 263–381. New York: New York University Press ; Zelermyer, William. 1963. *The Process of Legal Reasoning*. New York: Prentice-Hall Inc. ; Stone, Julius. 1968. *Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument*. In *Legal systems and Lawyer's reasoning*, 301–337. Stanford: Stanford UP. Et un peu plus tôt : Bobbio, Norberto. 1954. *Sul ragionamento dei giuristi*. *Revue internationale de philosophie* (27-28): 67–84.

² Centre national de recherches de logique. 1970. *Le Raisonnement juridique et la logique déontique*, Actes du colloque de Bruxelles, 22-23 décembre 1969. Louvain, Paris: Editions Nauwelaerts ; Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale. 1971. *Le Raisonnement juridique. Legal reasoning. Die juristische Argumentation*, Actes du congrès de Bruxelles, 30 août-3 septembre 1971. Louvain, Paris Editions Nauwelaerts ; Alchourrón, Carlos, and Eugenio Bulygin. 1971. *Normative systems*. Wien-New York: Springer (édition argentine antérieure).

³ Coke, Sir Edward 1628. *The First Part of the Institutes of the Law of England, (Coke upon Littleton)*, reprinted in *II The Selected Writings of Sir Edward Coke (1639)*. Ed. 2003. Indianapolis: Liberty Fund.

knowledge of the law is an art; but not that any art of one man, or of many, how wise soever they be, or the work of one or more artificers, how perfect soever it be, is law. It is not wisdom, but authority that makes a law. Obscure also are the words legal reason. There is no reason in earthly creatures, but human reason. But I suppose that he means, that the reason of a judge, or of all the judges together without the King, is that summa ratio, and the very law: which I deny, because none can make a law but he that hath the legislative power »⁴[23].

Inversement, dans les pays de tradition civiliste, c'est le rationalisme (auquel Hobbes est loin d'être étranger) qui l'emporta et avec lui l'idée que le droit doit être le résultat d'une démonstration géométrique – logique – comme dans toutes les autres sciences (et notamment les mathématiques). Le nom qu'il convient d'évoquer ici est celui de Jean Domat pour qui la méthode dite du « *mos geometricus* » apparaissait comme « infaillible et susceptible d'être appliquée à toutes les branches du droit »⁵[49] et [50].

Il reste que, encore aujourd'hui, on s'efforce de montrer que le raisonnement juridique dans le contexte du (ou de la) common law n'a rien à voir avec celui que tiendraient les juristes de civil law (ou avec celui qu'appelle l'application des « *statute law* ») : tandis que le second serait dominé par la subsumption et la démarche déductive, le premier serait lui affaire d'analogie et de précédent et pour tout dire de casuistique⁶ [68] et [54] et [55] qui compare les juristes à d'autres artisans (charpentier, potier, etc.)). Et comme on peut s'y attendre, cette thèse suscite toujours de vives critiques y compris de la part des juristes de common law (mais sans qu'ils cherchent nécessairement à montrer qu'il y a une grande proximité entre les deux systèmes juridiques). Ainsi, dans un ouvrage récent, Larry Alexander et Emily Sherwin ont tenté de montrer que le raisonnement juridique n'était rien d'autre qu'un raisonnement ordinaire appliqué à des

⁴ Hobbes, Thomas. *Thomas Hobbes, a Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. 1681. http://oll.libertyfund.org/EBooks/Hobbes_0298.pdf. V. en français: Hobbes, Thomas. 1990. *Dialogue entre un philosophe et un légiste des Common-Laws d'Angleterre*. Trans. L. Carrive, and P. Carrive. Paris: Vrin. Le texte est accessible en ligne dans une traduction de Philippe Folliot à cette adresse : <http://classiques.uqac.ca/>

⁵ Renoux-Zagamé, Marie-France. 2004. La figure du juge chez Domat. *Droits* (39): 35–52 ; Renoux-Zagamé, Marie-France. 2007. Domat, Jean. In *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe–XXe*, eds. P. Arabeyre, and J.-L. Halpérin, and J. Krynen, 254–257. Paris: PUF : 255.

⁶ Les références sont innombrables, on se limitera à Weinreb, Lloyd L. 2005. *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*. New York: Cambridge University Press :123–46 ; Levi, Edward H. 1962. *An Introduction to Legal Reasoning (1941-1948)*. Chicago: The University of Chicago Press et Levi, Edward H. 1964. The Nature of Judicial Reasoning. In *Law and Philosophy*, ed. Sidney Hook, 263–381. New York: New York University Press.

problèmes juridiques⁷ ([2], [53]). De son côté, Frederick Schauer rejette l'idée qu'il existerait une forme de raisonnement spécifiquement juridique mais développe une position plus nuancée selon laquelle, sans être propres au droit, certaines formes de raisonnement où la généralisation et l'autorité jouent un grand rôle (le raisonnement à partir des règles, des précédents, la justification par les raisons) se rencontrent davantage dans le droit qu'ailleurs de sorte qu'il serait justifié de parler d'un raisonnement spécifiquement juridique⁸ ([57] et [58]).

Du point de vue de la théorie générale du droit, on peut sans grande difficulté rejeter l'idée qu'il y aurait deux façons de raisonner selon le système juridique dans lequel on se trouve. En revanche, il convient de distinguer deux questions derrière celle en apparence simple et uniforme : « comment raisonnent les juristes ? ».

L'une est en réalité normative en ce qu'elle vise à identifier le « bon » raisonnement juridique en présupposant une certaine conception de ce dernier et, bien souvent, celle selon laquelle le raisonnement juridique est justement un art – *a craft* – dont la maîtrise suppose du temps et de l'expérience⁹[55].

L'autre question, descriptive, consiste à s'interroger sur la façon dont raisonnent effectivement les juristes et, plutôt que de chercher le « bon » raisonnement juridique ou même ce qui serait une essence du raisonnement juridique (le raisonnement « vraiment » juridique), on s'attache alors à mettre en évidence les diverses façons de raisonner des juristes.

À cet égard, l'influence des réalistes américains et scandinaves est loin d'être négligeable et, sans prétendre épuiser les causes de ce retour (ou de l'apparition) du thème du raisonnement juridique dans le débat juridique, on ne peut manquer de leur attribuer une part importante de responsabilité. Mieux encore, cette part est à la fois directe et indirecte : en braquant le projecteur sur le rôle du juge et en insistant sur le poids de son « idiosyncrasie » (on pense notamment à Frank¹⁰ [16] – ou du moins des déterminismes non juridiques et situés en dehors des règles et des précédents et qui s'ajoutaient aux règles (on pense notamment à Llewellyn et Felix Cohen et sur

⁷ Alexander, Larry, and Emily Sherwin. 2008. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge Introductions to Philosophy and Law. Cambridge: Cambridge UP. Et pour une critique : Samuel, Geoffrey. 2009. Can Legal Reasoning Be Demystified ? *Legal Studies* 29: 181–210.

⁸ Schauer, Frederick. 2003. Neutrality and Judicial Review. *Law and Philosophy* 22: 217–240 ; Schauer, Frederick. 2009. *Thinking Like A Lawyer. A New Introduction To Legal Reasoning*. Cambridge-London: Harvard UP.

⁹ Scharffs, Brett G. 2004. The Character Of Legal Reasoning. *Washington and Lee University School of Law* 61: 733–786, 741 pour qui : “a good legal reasoning is a combination of practical wisdom, craft, and rhetoric”.

¹⁰ Frank, Jerome. 1930. *Law & The Modern Mind*. New York: Brentano's.

ce point voir notamment¹¹ [51] et [52]), les réalistes ont provoqué un mouvement critique visant à montrer les excès de certaines de leurs thèses. Le rôle de Hart mérite ici d'être souligné, lui qui fut un de leurs premiers critiques (et des plus pertinents). Mais là encore, l'histoire ne s'arrête pas à Hart : sa critique des réalistes a contribué à alimenter la thèse que le droit est d'abord une pratique sociale et que l'analyse du raisonnement juridique doit consister en l'analyse de cette pratique¹² [14],[65].

En un mot la thèse revient à dire que le raisonnement juridique est une pratique qui en appelle à plusieurs acteurs tous complémentaires : on ne peut donc pas dire que les juges créent le droit, pas plus qu'on ne pourrait affirmer que le droit est tout entier contenu dans des textes. En réalité, le droit serait le produit d'une interaction et d'une collaboration de plusieurs acteurs. On aurait ainsi dépassé l'opposition classique entre autorité et raison et passé à la moulinette de l'Histoire le débat entre Coke et Hobbes.

Cette thèse réunit un très grand nombre de juristes aujourd'hui au point d'apparaître comme dominante. Et comme souvent les thèses dominantes ou consensuelles, cette dernière ne manque pas de susciter la curiosité du sceptique.

1. Hart et les réalistes

Hart oppose de très sérieux arguments aux réalistes principalement américains qui ont cherché à montré – en prolongeant Holmes – que le droit n'était pas une affaire de logique mais d'expérience et qu'en dépit des apparences, la logique ne joue qu'un faible rôle ou du moins est-elle largement complétée par d'autres éléments de rationalité voire, pour la version extrême, qu'il n'y a pas de logique du tout et que les décisions des juges sont purement arbitraires¹³[22].

Mais, explique Hart, en dépit de son apparente simplicité, l'affirmation selon laquelle la logique ne joue aucun rôle dans le jugement est « obscure et ambiguë »¹⁴ [22]. Son argument est alors double. Sur la logique, il distingue trois objets qui relèvent de trois activités différentes :

¹¹ Rumble, Wilfrid E. Jr. 1965. The Paradox of American Legal Realism. *Ethics* 75: 166–178 ; Rumble, Wilfrid E. Jr. 1966. Rule-Skepticism and The Role of the Judge: A Study of American Legal Realism. *Journal of Public Law Emory Law School* 15: 251–285.

¹² Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge and London: The Belknap Press et Viola, Francesco. 1990. *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Ed. Univ. Jaca.

¹³ Hart, H.L.A. 1983. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press : « Problems of the Philosophy of Law », 88–120 et « The Nightmare and the Noble Dream », 125–144.

d'une part, les assertions sur ce que les juges font habituellement qui relèvent de la psychologie ; les recommandations sur ce qu'ils devraient faire qui relèvent de l'art de juger ; les standards d'appréciation des décisions des juges qui relèvent de la justification des décisions. Une fois distingués ces niveaux, on peut écarter l'idée que la déduction (ou la logique) ne joue aucun rôle dans le jugement car on voit bien qu'elle n'est pas de l'ordre de ce que font habituellement les juges ni non plus des recommandations sur l'art de juger mais elle concerne les standards d'appréciation : « la présence ou l'absence de la logique au moment de l'appréciation de la décision peut être une réalité que la décision ait été le résultat d'un calcul déductif ou d'une pure intuition »¹⁵[22]. C'était ni plus ni moins la thèse défendue par Wasserstrom : la logique ne détermine pas l'interprétation des termes ni l'étendue des classifications, elle ne sert pas non plus à prendre des décisions mais à les justifier¹⁶ [67]. Hart aborde alors la question des « cas clairs » et des règles indéterminées. D'une part, s'il définit un cas comme clair lorsqu'il entre dans le champ d'application d'une norme, Hart reconnaît en même temps que les règles ne s'appliquent pas toutes seules pas plus que les situations de fait n'attendent qu'on leur applique la règle qui leur convient. Il y a donc toujours un acte humain¹⁷ [22]). D'autre part, il rejette comme simpliste la thèse – *a priori* séduisante – selon laquelle les cas clairs le seraient en vertu de conventions de langage car rien ne garantit que ces conventions linguistiques puissent être aussi valables pour le droit. Il faut donc s'attacher à la question de l'interprétation. Or, sur ce point, Hart explique que l'alternative entre arbitraire (réalisme) et déduction (formalisme) est trompeuse : en réalité, explique-t-il, lorsqu'une règle ne parvient pas à déterminer un résultat unique, les juges ne s'en remettent pas à leurs préférences personnelles mais fournissent des raisons qui seront formulées en termes de principes, d'objectif de politique jurisprudentielle ou de standards et ces raisons incluent « une large variété d'intérêts individuels et collectifs, de buts politiques et sociaux et de standards de moralité et de justice »¹⁸ [22]. Mieux encore, plusieurs de ces principes, objectifs et standards sont nécessaires et ils peuvent entrer en conflit de sorte que les juges doivent les pondérer. Ainsi, il y a sans doute une part de pouvoir discrétionnaire mais, si l'on suit Hart, rien d'arbitraire.

¹⁴ Hart, H.L.A. 1983. p. 100.

¹⁵ Hart, H.L.A. 1983. p. 105.

¹⁶ Wasserstrom, Richard A. 1961. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford UP.

¹⁷ Hart, H.L.A. 1983. p. 105.

¹⁸ Hart, H.L.A. 1983. p. 106–107

Une telle présentation soulève une première question : à quel niveau appartient-elle ? relève-t-elle de ce que la psychologie judiciaire, des recommandations relatives aux façons de juger ou encore de la justification des décisions ? En d'autres termes, est-elle descriptive d'une pratique ou prescriptive d'une conduite ou encore descriptive d'un discours ou prescriptive de ce discours ? Il est en réalité bien difficile de le dire. *A priori*, Hart semble vouloir ici décrire des pratiques. Mais ces pratiques sont purement discursives. Hart les décrit certes, mais en adoptant le même point de vue que ceux dont il décrit les pratiques. En d'autres termes, il ne dit pas ce qu'ils font réellement mais il répète ce qu'ils disent qu'ils font. Est-ce encore descriptif ? Ou simplement itératif ?

Autre question : Hart, de son côté, parvient-il à montrer que les juges peuvent échapper à l'arbitraire ? Il faut ici s'intéresser à la nature des « principes, standards, objectifs » que Hart évoque. À quel registre de discours appartiennent-ils ? Hart ne dit rien sur ce point mais il s'évince assez clairement de son propos que ces « principes... » relèvent de la politique et de la morale ou plus largement de ce que l'on a appelé l'idéologie des juges. Sans doute que l'alternative déduction/arbitraire peut sembler excessive si elle conduit à dire que sans déduction les juges sont des tyrans, qu'ils décident du sort des uns et des autres selon leurs caprices. Mais en disant que les juges se réfèrent à une idéologie ou à des idéologies et, mieux encore, qu'ils peuvent ensuite formuler ces idéologies en termes de principes, objectifs, standards, que nous dit Hart de si différent de ce que les réalistes disaient eux-mêmes ? La difficulté est ici que le terme « réalisme » recouvre, comme toujours ce type de termes, une réalité plus hétérogène qu'on le pense, ce que Hart reconnaît volontiers¹⁹ [22]. Mais le fait est que l'un des points communs aux réalistes (américains) – outre la critique de la « mechanical jurisprudence » –, est l'idée que les juges disposent du pouvoir de décider en se fondant sur ce qui leur semble « juste » dans tel cas et non sur les règles elles-mêmes. D'où l'idée de Llewellyn de mettre au jour les « real rules » dont se servent les juges plutôt que de s'en tenir à celles qu'ils invoquent et derrière lesquelles ils dissimulent leurs conceptions personnelles de la justice²⁰ [30].

¹⁹ Hart, H.L.A. 1983. p. 131

²⁰ Llewellyn, K. N. 1960. *The Common Law Tradition-Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company, p. 126 qui étudie la rigueur avec laquelle les juges de New York ont, de 1804 à 1873, appliqué la règle selon laquelle tout acheteur qui rejette l'expédition du vendeur en indiquant formellement ses objections renonce à toute autre objection. Llewellyn avait remarqué que la règle était appliquée à des cas dans lesquels l'acheteur n'était même pas en mesure de connaître les vices du produit et le vendeur n'était, lui, pas en mesure de les réparer. Or, la rigueur avec laquelle la règle était appliquée s'expliquait, d'après Llewellyn, par le fait que, dans chaque cas, l'offre était supérieure à la demande de sorte que les acheteurs cherchaient en réalité à se soustraire à leurs obligations

En d'autres termes, les règles sont des rationalisations *ex post* de préférences personnelles au sens large et le terme ne recouvre pas seulement l'idiosyncrasie à la Frank²¹ [15 [27]. Ainsi, la description de Hart est elle-même très ambiguë : ou bien, elle revient à défendre une thèse réaliste – mais alors, il faut aller jusqu'au bout et dire qu'il y a de l'arbitraire ; ou bien, elle consiste en une répétition du discours de justification des juges – mais alors elle est moins fautive qu'inutile.

Sans doute le terme d'« arbitraire » fait-il peur à Hart car il y voit spontanément le danger que les juges se comportent en tyrans²² [20]. Mais c'est une appréciation morale qui omet une distinction entre deux formes de tyrannie – celle des bons et celle des mauvais sentiments – et deux formes de tyrans : ceux qui veulent notre mal pour leur bien et ceux qui veulent notre bien pour le leur. Nous connaissons très bien le second puisque nous vivons dans un monde qui ne cesse de penser à notre sécurité, à notre confort, à notre santé... Cela ne nous garantit en rien contre les accidents, les pollutions, les inconvénients. Simplement, il n'est pas vrai que tout individu qui a du pouvoir sur d'autres cherche à les transformer en esclaves et les réduire à rien. Dire que les juges décident arbitrairement, c'est dire qu'ils ont le pouvoir d'utiliser les ressources argumentatives du droit pour faire prévaloir une conception personnelle de la politique, de la société, des relations individuelles, etc. et rien de plus.

Il n'en demeure pas moins que cette analyse de Hart a profondément influencé la théorie générale du droit sur la question de l'interprétation et plus largement du raisonnement juridique.

2. Le point de vue herméneutique ou le droit comme pratique sociale

contractuelles en rejetant l'expédition (sous n'importe quel prétexte, de sorte qu'une fois vérifiée que la raison invoquée n'était pas valable, les juges prononçaient la conclusion de la vente). Ainsi, la norme commerciale – les acheteurs doivent honorer leurs engagements y compris lorsque la situation du marché a changé – était mise en œuvre par les cours au moyen d'une application apparemment rigoureuse de la règle concernant le rejet de la vente. Les décisions des cours étaient donc déterminées par une analyse judiciaire des pratiques commerciales.

²¹ Il faut savoir résister à la tentation de la *reductio ad Frankum* du réalisme américain, v. Fisher III, W., Morton J. Horwitz, and Reed, T. A. 1993. *American Legal Realism*. New York: Oxford UP. p. 167 qui distinguent deux courants du réalisme : le réalisme d'inspiration sociologique et celui qu'ils qualifient d'idiosyncrasique. La distinction est reprise par Leiter, Brian. 2004. *American Legal Realism*. In *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, eds. Martin P. Golding, and William A. Edmundson, 50–66. Oxford: Blackwell Publishing, qui, à propos du second, parle de « “Frankification” of Realism ».

²² Guibourg, Ricardo. 1986. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea.

La thèse du droit comme pratique sociale fut très largement développée sous l'influence de Dworkin mais l'idée ne lui est pas propre²³ (v. [65] [3], [64] [60]). Mieux même, il existe une version jusnaturaliste de cette thèse et une autre positiviste – au moins *prima facie*.

Par « droit comme pratique sociale », on entend dire que le droit est non un ensemble de normes ou du moins pas seulement un ensemble de normes mais aussi et surtout un ensemble de « pratiques ». Le concept de « pratique sociale » n'est lui-même pas toujours clairement défini²⁴ [36]. La meilleure explication se trouve chez Dworkin ou Viola pour qui dire que le droit est une « pratique sociale » revient à admettre que l'objet droit n'est pas un objet donné une fois pour toute, mais qu'il est un entrelac de procédures, d'institutions, de règles, qui ont toutes une finalité propre et qui sont elles-mêmes l'objet d'interprétations seules susceptibles de les connaître²⁵ [65]. On mesure ce que cette thèse doit à la distinction que Dworkin a contribué à diffuser entre les « théories sémantiques » et les « théories interprétatives »²⁶ ([14]) : les théories sémantiques s'occupent d'identifier les critères de validité du droit, i.e., la définition du droit et les conditions de vérité des propositions juridiques ; elles sont infectées par le dard sémantique qui les conduit à imaginer qu'il existe un seul sens du mot droit que tout le monde utiliserait et que les désaccords entre les juristes sur les fondements du droit sont des illusions²⁷ [13]. Pour les théories sémantiques, l'objet droit existe sans qu'on ait besoin d'interpréter quoi que ce soit pour le trouver. Les théories interprétatives partent au contraire de l'idée que la connaissance de l'objet droit suppose justement une interprétation de ces pratiques. Une théorie interprétative est donc une interprétation des usages des concepts interprétatifs de la pratique juridique. Les désaccords

²³ Viola, Francesco. 1990. *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Ed. Univ. Jaca ; Viola, Francesco. 2007. *Pratiche sociali: istituzioni e procedure nel costituzionalismo*. *Rivista di Studi Utopici* 2: 97–106 ; Atienza, Manuel. 2005. *Las Razones del Derecho. Teorias de La Argumentacion Juridica*. Mexico: UNAM ; Trujillo, Isabel. 2010. *Pensare e ragionare da giuristi: interpretazione e ragionamento giuridico*. *Ragion pratica* 34: 59–72 et dans une perspective différente : Smith, Matthew Noah 2006. *The Law as a Social Practice. Are Shared Activities at the Foundations of Law?* *Legal Theory* 12 (3): 265–292.

²⁴ On se réfère souvent à MacIntyre, Alasdair. 1981. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. 3rd ed. 2007 Notre Dame, Indiana: Univ. of Notre Dame p. 187 pour qui : « By a “practice” I am going to mean any coherent and complex form of socially established cooperative human activity through which goods internal to that form of activity are realized in the course of trying to achieve those standards of excellence which are appropriate to, and partially definitive of, that form of activity, with the result that human powers to achieve excellence, and human conceptions of the ends and goods involved, are systematically extended »

²⁵ Viola, Francesco. 1990. p. 17 : « la pratique sociale ne consiste pas seulement en un complexe de faits et comportements répétés ni en un complexe de régularités sociales mais aussi, et surtout, *en un ensemble d'attitudes interprétatives qui confèrent un sens déterminé à des processus extérieurs* » (je traduis et souligne). V. aussi Viola, Francesco. 2007.

²⁶ Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge and London: The Belknap Press, p. 31–45 s.

²⁷ Dworkin, Ronald. 1985. La Théorie du droit comme interprétation. *Droit et Société* 1: 100–114 (trad. F. Michaut).

entre les participants de cette pratique ne sont pas des dialogues de sourds dus au fait que les gens emploient le même mot dans deux sens différents, mais ils sont provoqués par le fait que le mot lui-même dénote un concept interprétatif : les désaccords correspondent à diverses interprétations d'un même phénomène, d'une même pratique, qui a un sens pour ceux qui la pratiquent et à laquelle chacun tente de donner le meilleur sens en la voyant sous le meilleur jour²⁸ [13]. Par « interprétation », on entend cette activité qui consiste à donner un sens à un ensemble complexe de phénomènes (comme on parlerait de l'interprétation d'une œuvre d'art). Pour décrire une pratique sociale, il faut identifier les valeurs qui la fondent. Les règles sont des éléments constitutifs de cette pratique sociale. L'idée s'inspire de la thèse du second Wittgenstein qui rejette la conception empiriste de la connaissance comme reflet de la réalité défendue notamment par le Cercle de Vienne, lui-même sous l'influence du premier Wittgenstein. La connaissance ne consiste plus à décrire de façon neutre la réalité physique mais à la décrire en assumant que cette description procèdera de choix spécifiques, notamment des choix de valeur et donc que la connaissance est aussi évaluative et non pas seulement descriptive. Bref, il n'y a de connaissance ni absolue ni neutre mais toujours une connaissance partielle et des choix de grilles de lectures. Dans ces conditions, décrire le droit comme une pratique sociale suppose de rendre compte de la façon dont le droit est perçu et pratiqué comme on rend compte de la pratique d'un jeu. Le raisonnement juridique est enfermé, enserré dans une dimension institutionnelle et dans une pratique qui le rend bien moins libre et irrationnel que ce que les réalistes semblaient dire. Son analyse est d'abord une analyse des arguments et/ou des justifications qui appuient les décisions des juges ou même les conclusions des avocats²⁹[32]. Dès lors, le raisonnement juridique est spécifique parce qu'il recouvre des pratiques spécifiques et obéit à une « logique » spécifique.

Cette thèse explique la diffusion de ce que l'on a pu appeler « le point de vue herméneutique »³⁰ ([31]) et qui tient en plusieurs points : a) le droit est une pratique sociale ; b) il existe des cas difficiles dans lesquels les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire mais non arbitraire ; c) l'interprétation juridique ne consiste donc pas en un acte de volonté mais en un acte de connaissance ou de volonté, selon le cas ; ou mieux encore, en une activité, une pratique, qui

²⁸ Dworkin, Ronald. 1985.

²⁹ MacCormick, Neil. 1978. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press qui reconnaît sa dette envers Perelman et parle comme lui de cet auditoire que les arguments ont pour tâche de convaincre.

³⁰ MacCormick, Neil, and Ota Weinberger. 1986. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Kluwer, p. 102 s., l'expression est de MacCormick

nous contraint à sortir de cette alternative volonté/connaissance ; d) même dans les cas difficiles, le pouvoir discrétionnaire est limité par l'obligation de fournir des raisons, ce qui conduit à une forme de discussion rationnelle et argumentative qui prive les juges de ce pouvoir quasi législatif qu'on leur prête à tort ; e) la description du raisonnement juridique doit adopter un point de vue interne ou du moins en rendre compte. Les partisans de la thèse du droit comme pratique sociale insistent donc tous sur l'importance de l'argumentation en droit comme facteur de limitation du pouvoir discrétionnaire des interprètes et de l'irrationalisme juridique. Les éléments qui sont constitutifs de cette pratique sont d'abord la nécessité de justifier une décision, de donner des raisons et aussi d'argumenter dans des cas difficiles.

3. Le raisonnement juridique comme argumentation pratique

Donner des raisons est-il toujours une garantie contre l'arbitraire ? Tout le laisse à penser : si je donne des raisons, je construis un raisonnement qui me contraint à faire le lien entre ma décision et les raisons que je donne à cette décision. Comme le dit Schauer : « When the voice of authority fails, the voice of reason emerges »³¹ ([56], p. 637).

3.1. Le concept de raison

Encore faut-il s'entendre sur le concept de « raison » et distinguer : i) les raisons subjectives ou explicatives qui s'identifient à des motifs ; elles sont des combinaisons de croyances et de désirs (ex : « la raison pour laquelle il a tué sa femme est qu'elle le trompait ») ; ii) les raisons objectives ou justificatives : elles servent non à exécuter une action mais à la juger, à l'évaluer afin de déterminer si elle est juste ou non, bonne ou mauvaise, selon un point de vue moral, ou juridique ou stratégique quelconque, bref en vue d'une fin (ex : « qu'une femme trompe son mari n'est pas une raison pour la tuer »)³² (v. [41], [46]).

En droit ou dans toute justification d'une activité pratique, les raisons que l'on donne sont des généralisations³³ [56]. Elles sont « bonnes » si elles sont susceptibles d'apparaître comme des

³¹ Schauer, Frederick. 1995. Giving Reasons. *Stanford Law Review* 47: 633–659.

³² Nino, Carlos Santiago. 1985. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, Chap. VII, 126 s. à qui j'emprunte les deux exemples et aussi Raz, Joseph. 1975. *Practical Reason and Norms*. 2nd ed. 1999. Oxford :Oxford UP.

³³ Schauer, Frederick. 1995.

fondements de solutions ultérieures. Une raison consiste donc logiquement en une proposition susceptible d'inclure un plus grand nombre de cas que la solution pour laquelle elle est donnée ; elle est plus générale que la solution particulière dont elle est la raison.

3.2. Pourquoi les raisons sont contraignantes

On souligne volontiers les multiples contraintes que la justification par les raisons semble impliquer. Ainsi, d'une part, donner des raisons c'est s'engager en faveur d'une solution plutôt qu'une autre. Et là encore, tout semble militer en faveur d'un cognitivisme psychologique qui voudrait que l'action d'un individu soit conforme à la justification que ce même individu donne de son action³⁴ [56]. Si au contraire, il ne s'engage pas, il court le risque de ne pas être honnête, d'être perçu comme insincère ou de se contredire. Cet engagement peut se traduire par des contraintes physiques : je peux excuser mon absence à une conférence que je dois prononcer en disant que je suis malade, mais je suis alors condamné à rester chez moi ou du moins à ne pas être vu et donc à faire comme si j'étais vraiment malade. Et cela m'engage aussi pour l'avenir. Si j'ai donné comme raison que j'étais malade, je dois m'attendre à ce qu'on me demande si je vais mieux. Et donc, je ne peux pas invoquer un cancer soudain, une maladie incurable... Il reste que cet engagement n'est pas inviolable³⁵ [56]. Mais s'en délier suppose qu'on donne de nouvelles raisons. Il y a en quelque sorte une spirale des raisons qui limitent la liberté de choix et d'action de celui qui justifie ses décisions comme la toile d'araignée limite la liberté de la mouche. D'autre part, la justification exerce une contrainte sur celui qui justifie sa décision et expose cette dernière à la critique. Ainsi, la justification a un « effet rétroactif »³⁶ ([26]) qui peut conduire à modifier une décision prise sous l'effet ou la puissance d'une intuition. Le juge qui justifie sa décision doit veiller à être non seulement compréhensible mais aussi cohérent et, plus encore, il doit veiller à ce que sa justification soit appropriée au cas qui lui est soumis de sorte que cette justification limite l'arbitraire de sa décision³⁷ [33]). Si même le juge de bonne foi doit motiver sa

³⁴ Schauer, Frederick. 1995.

³⁵ Schauer, Frederick. 1995.

³⁶ La Torre, Massimo. 2012. *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*. Napoli: Editoriale Scientifica, p. 67 s.

³⁷ MacCormick, Neil. 1983. On Legal Decisions and Their Consequences : From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review* 58: 239–258, p. 249 : « If we are to find how consequences may be relevant to justifying decisions, we must then look beyond and away from particular causal consequences and outcomes. In fact, the very

décision, alors les contraintes de la justification s'exerceront dans toute leur vigueur et conduiront le décideur à revoir ses intuitions. Cet argument est incontestablement une pierre dans le jardin de ceux qui (comme les réalistes américains) tendent à présenter la décision judiciaire de façon radicalement irrationnelle : un « hunch »³⁸ [24] que l'on pourrait ensuite justifier librement (et pour lequel on cherche des justifications pragmatiques)³⁹ [38]. On a tenté d'utiliser la distinction entre contexte de décision et contexte de justification pour rendre compte de cette façon de procéder⁴⁰ [67]. Mais si la justification a un effet rétroactif sur la décision, cette distinction ne tient plus. Cela dit, on a aussi pu montrer que donner trop de raisons pouvaient conduire à une forme d'obstruction et créer une confusion⁴¹ ([9] et [10]).

La justification peut donc opérer comme un test : une fois soumise au test de la justification et de la rationalité, la décision prise de façon irrationnelle peut apparaître comme rationnelle et correcte. Et dans la mesure où une décision peut être publiquement commentée, critiquée et contestée (en appel par exemple), c'est le contexte de la justification qui est décisif et donc les arguments présentés dans ce contexte et non le contexte factuel de la décision, la psychologie, etc.

3.3. Les valeurs institutionnelles

Enfin, c'est parce que le système juridique est fondé sur une valeur – le légalisme ou le formalisme – qui ne peut être négligée par celui qui rend compte des systèmes juridiques que l'on

activity of justifying decisions by giving reasons for them will prove to be the source of the kinds of consequences that count. To justify a decision in law is to present in its support universalized or universalizable reasons. Good reasons for a decision cannot be *ad hoc* and for-this-case-only. Where we are not dealing with a decision which is an open-and-shut application of a pre-established rule, the court must explicitly or at least implicitly make and act upon some ruling on issues of law in dispute between parties and any such ruling has to be universal or generic in its terms. Both because of the institutional nature and setting of the practice of adjudication and because such a practice is properly governed at least by the principle of formal justice, to treat like cases alike, justified judicial decisions presuppose universalizable reasons or rulings in law that 'cover' the particular decision justified. And only well justified rulings can in turn justify decisions ».

³⁸ Hutcheson, Joseph C. 1929. The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision. *Cornell Law Quarterly* 14: 274 réimprimé in 1998. The Judgment Intuitive: The Function of The "Hunch" in Judicial Decision. *South Texas Law Review* 39: 889.

³⁹ Modak-Truran, Mark C. 2001. A Pragmatic Justification of The Judicial Hunch. *Univ. of Richmond Law Review* 35: 55–89.

⁴⁰ Wasserstrom, Richard A. 1961. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford UP.

⁴¹ Cohen, Mathilde. 2008. Giving Reasons in Court Practice : Decision-Makers at the Crossroads. *Columbia Journal of European Law* 14 (2): 257–276 et Cohen, Mathilde. 2011. *Giving Reasons: Why and How Public Institutions Justify their Decisions*. Cambridge: ProQuest, UMI Dissertation Publishing.

peut expliquer pourquoi les juges ne font pas n'importe quoi et pourquoi la justification d'une décision ne consiste pas en l'expression d'émotions personnelles ou l'invocation de raisons personnelles⁴² [34]. Dès lors l'objection des *Critical Legal Studies* selon laquelle « tout est politique » ne porte pas : dire que tout jugement est une affaire de politique ne nous dit rien sur les systèmes juridiques. Au contraire, si on veut les comprendre, il faut remonter à la rationalité qui les anime et qui permet de restituer aux comportements des uns et des autres leur signification la plus pertinente. C'est aussi ce qui explique l'importance de la déduction dans les cas simples : les déductions forment un élément significatif de la justification juridique dans toute conception ou système de droit dans lequel soit la prééminence du droit (*Rule of Law*) soit l'État de droit est accepté comme une forme de gouvernement idéal ou un idéal à atteindre (*governing ideal*)⁴³ [35]. Comme l'explique La Torre, puisque la décision du juge doit être formulée sémantiquement, on peut reconstruire le contexte de la décision comme un ensemble de relations logiques entre entités sémantiques, donc comme un contexte de justification. Et du reste, la signification d'un concept et la signification d'un énoncé résultent des inférences logiques que cet ensemble permet⁴⁴ ([26], p. 68).

Ainsi, le problème est moins celui du caractère logique de l'inférence que celui du fondement du processus argumentatif et déductif : il faut que les prémisses soient des prémisses acceptables dans le champ de la délibération judiciaire. Or, une prémisse constituée d'une seule aversion personnelle ne serait pas acceptable. Ce n'est pas une question de logique mais de raison préliminaire et institutionnelle.

3.4. *L'argumentation dans les cas difficiles*

On peut aussi montrer que le raisonnement juridique obéit à une rationalité spécifique, prudentielle, qui n'est ni inductive ni déductive⁴⁵ ([26], p. 74). On échappe donc à l'émotivisme, à l'irrationnel ou à l'arbitraire si les jugements juridiques sont ramenés à une forme de justification intersubjective. Or, c'est parce qu'on nie la force de la rationalité pratique spécifique qu'on aboutit à l'irrationalisme. En droit, les règles ne règlent pas leur application, comme le

⁴² MacCormick, Neil. 1989. The Ethics of Legalism. *Ratio Juris* 2 (2): 184–193.

⁴³ MacCormick, Neil. 1994. Legal Reasoning and the Institutional Theory. *Rechtstheorie Beiheft* 14: 117–139.

⁴⁴ La Torre, Massimo. 2012. p. 26.

disait Hart après Wittgenstein ; elles sont défectibles (*defeasible*), certes, mais elles ne sont pas irrationnelles : il faut donc abandonner le syllogisme pour le modèle de l'argumentation⁴⁶ [3].

On touche là au problème fondamental pour les juristes : dans l'application de la loi, cette dernière est susceptible de contenir plusieurs normes pour le cas. La question est donc de savoir pour quelle raison nous choisissons telle norme ou telle combinaison de normes. Or, les raisons de ce choix sont conséquentialistes. La rationalité juridique est une rationalité de but⁴⁷ ([34], [26]). Et lorsqu'à l'inverse nous ne disposons pas d'une norme explicite applicable, nous ne pouvons en trouver une autrement qu'à l'aide d'un raisonnement moral⁴⁸ ([42]).

4. Analyse critique

Cette thèse du raisonnement juridique comme argumentation pratique se heurte toutefois à plusieurs objections.

D'une part, comme l'explique fort bien Bulygin, les énoncés internes sont des « prescriptions cachées », ils ne créent certes pas du droit mais ils sont toujours prescriptifs⁴⁹ ([5] et [6], ; [19]). Le « point de vue interne » est donc en réalité un discours prescriptif qui se donne les apparences de la description. Il revient à dire : « ceci est obligatoire dans telle société parce que la loi peut être décrite en disant exactement cela ». Mais l'affirmation résulte elle-même d'une interprétation de tel texte ou de telle pratique et dissimule, ou du moins passe sous silence, que d'autres interprétations étaient envisageables voire qu'elles sont elle aussi effectivement pratiquées.

D'autre part, la thèse examinée semble confondre deux choses différentes : l'importance du choix moral dans le raisonnement juridique et la conformité à la morale du raisonnement juridique. En effet, l'analyse réaliste du droit qui a particulièrement insisté (et insiste encore) sur l'indétermination inéluctable et indéfectible du langage juridique a conduit à montrer que tout

⁴⁵ La Torre, Massimo. 2012.

⁴⁶ Atienza, Manuel. 2005. *Las Razones del Derecho. Teorias de La Argumentacion Juridica*. Mexico: UNAM.

⁴⁷ MacCormick, Neil. 1989. The Ethics of Legalism. *Ratio Juris* 2 (2): 184–193 ; La Torre, Massimo. 2012 p. 94–95.

⁴⁸ Nino, Carlos Santiago. 1999. *Il diritto come morale applicata*. trad. ital. a cura di M. La Torre. Milano: Giuffrè, 48–49.

⁴⁹ Bulygin, Eugenio. 1982. Norms, Normative Propositions, and Legal Statements. In *Contemporary Philosophy. A New Survey*, ed. G. Floistad. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff, 127 et Bulygin, Eugenio. 1995. *Norme, Validità et sistemi normativi*. Trad. ital Paolo Comanducci, and Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli, not. 105–106 et Guastini, Riccardo. 2006. Le “point de vue” de la science juridique. *Analisi e Diritto*: 137–149.

raisonnement juridique suppose un choix moral de celui qui y participe : le choix d'appliquer le droit positif plutôt que d'invoquer un droit « naturel » ou encore le choix d'appliquer le droit positif en vue de lui faire poursuivre des valeurs ou des objectifs « démocratiques » plutôt que d'autres⁵⁰[8]. Mais c'est une autre question de savoir si la morale limite le choix du juge⁵¹ (v. [47]). Or, dire qu'au-delà de la morale individuelle qui pourrait guider les acteurs du droit, il existe un ensemble de croyances que la pratique d'une activité produit et qui lie et détermine les actions de ces acteurs et praticiens, autrement dit, une morale institutionnelle, est un argument très différent, qui ne se fonde plus sur une analyse du langage normatif mais sur un objectivisme moral à l'égard duquel on peut prendre ses distances. Mieux encore, tirer argument de cette « moralité du droit » (pour paraphraser Fuller) pour affirmer la spécificité du raisonnement juridique est quelque peu fallacieux en ce que cette moralité du droit est en réalité une moralité des juges. Aussi séduisante soit-elle, la thèse herméneutique est donc bel et bien une thèse morale. Et quand bien même sa morale serait la morale démocratique, elle reste une morale. Certes, dans cette conception, l'interprétation est démocratique en ce qu'elle n'est ni autoritaire, ni complètement savante mais collective et orientée vers les fins majoritairement partagées mais c'est faire de la démocratie une morale en soi.

Par ailleurs, on ne peut passer sous silence l'argument d'autorité dont, en droit, l'une des formes les plus visibles est précisément l'absence de justification : ainsi, une juridiction qui dispose d'un pouvoir en vertu d'un texte – par exemple celui de moduler l'effet de ces décisions dans le temps – peut parfaitement ne pas l'utiliser *sans justifier qu'elle ne l'utilise pas*. Ou encore, la même juridiction peut également ne justifier qu'*a minima* sa décision en laissant dans l'ombre tout un ensemble de raisons juridiques que la doctrine se fera fort de mettre au jour. Et cela sans compter sur les éventuelles lacunes axiologiques... Dire cela ne consiste pas encore en la thèse de Raz selon laquelle le droit est parfois une raison revêtue d'autorité par elle-même, thèse qui consiste à reconnaître qu'en effet il arrive parfois que la seule autorité du droit puisse être mise en avant comme une raison d'agir⁵² [46]. Nino avait contesté cette idée en cherchant à montrer qu'elle reposait sur une erreur logique : le droit positif est un fait duquel on ne peut

⁵⁰ Cohen, Felix S. 1935. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review* 35 (6): 809–849 qui, parmi les réalistes américains, fut sans aucun doute le plus sensible à cet aspect).

⁵¹ Raz, Joseph. 1994. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, p. 326 s. : « On the Autonomy of Legal Reasoning ».

⁵² Raz, Joseph. 1975. *Practical Reason and Norms*. 2nd ed. 1999. Oxford :Oxford UP.

inférer aucune norme en elle-même : toute norme est dérivée d'une autre norme. L'autorité vient de la norme morale selon laquelle on doit obéir au droit⁵³ [41]. Mais Nino faisait alors une mésinterprétation de la thèse positiviste de Raz des sources factuelles du droit ou du caractère empirique des normes, thèse qui exige que les normes soient produites par des actes humains⁵⁴ [48]. On pourrait encore ajouter que le point de vue interne sur lequel repose la thèse herméneutique rend aveugle ou du moins myope en s'interdisant de mettre au jour la façon dont les juges parviennent à maquiller des préférences personnelles sous le droit. Et cela peut même donner lieu à prédiction, comme c'est le cas au sein de la Cour suprême sur des questions de politiques publiques, où l'expérience montre que les votes des juges recourent les opinions politiques des présidents qui les ont nommés⁵⁵ (v. [63]. Ce qui ne veut pas dire que le droit ne compte pour rien ; sur le sujet⁵⁶, v. [59] et *contra* [61]).

Enfin, la conception herméneutique fait une analyse contestable de l'interprétation juridique en atténuant excessivement la part volitive de cette activité et en accentuant tout aussi excessivement la part cognitive – à l'inverse des réalistes auxquels on reproche de privilégier la part volitive. À cet égard, on doit souligner que la nécessité d'abandonner la conception syllogistique du raisonnement juridique est très ancienne et fut défendue bien avant que ne se manifeste le « tournant herméneutique ». Cette conception syllogistique à laquelle étaient très attachés les juristes formalistes résultait elle-même d'un point de vue interne sur le droit et d'un présupposé non discuté selon lequel la norme serait inscrite dans le texte et non produite par celui qui se sert du texte (et contre ce formalisme⁵⁷ [17]). Mettre en avant un autre modèle – selon lequel des principes devraient être mis en balance – ne revient pas à faire preuve de plus de réalisme dès lors que ces principes sont eux-mêmes appréhendés comme un donné s'imposant à

⁵³ Nino, Carlos Santiago. 1985. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

⁵⁴ Redondo, Maria Cristina. 1996. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: CEC.

⁵⁵ Sunstein, Cass. 2012. Elections. *New York Review of Books* (Nov. 8): 10–12, p. 11 : « For all the high-flown talk about the Constitution's original meaning, the role of precedent, and the virtues and vices of the "living Constitution" (the idea that the meaning of the Constitution changes over time), the fact is that the views of Republican and Democratic appointees on questions of constitutional law tend to overlap with the views of Republican and Democratic presidents on questions of public policy »

⁵⁶ Segal, Jeffrey A., and Albert Cover. 1989. Ideological Values and the Votes of Supreme Court Justices. *American Political Science Review* 83: 557–565 et *contra* : Songer, Donald R., and Stefanie A. Lindquist. 1996. Not the Whole Story: The Impact of Justices' Values on Supreme Court Decision Making. *American Journal of Political Science* 40: 1049–1063.

⁵⁷ Frank, Jerome. 1932. What Courts do in Fact. *Illinois Law Review* 26: 645–666, 761–684.

celui qui doit opérer la balance entre eux⁵⁸ [37]. La racine du problème se situe donc bel et bien dans l'idée erronée que les normes juridiques se confondraient avec les énoncés – les textes – dont elles sont tirées⁵⁹[18]. Certes, pour connaître la norme qu'exprime un texte, il faut la lire et donc interpréter les mots d'après une certaine convention linguistique qui est très largement évolutive ou variable⁶⁰ (v. [45]). D'où le paradoxe que soulève Wittgenstein, à savoir qu'une règle ne peut par elle-même déterminer aucune manière d'agir et qui nous laisse avec la question : peut-on comprendre une règle sans l'interpréter ? Pour ceux qui apportent une réponse positive à cette question, il y a donc des façons de comprendre une règle qui ne sont pas des interprétations de la règle. On devrait ainsi garder le terme « interprétation » pour les cas où l'on substitue l'expression d'une règle à une autre. Dans ces conditions, Wittgenstein pourrait servir à justifier que dans certains cas – les cas clairs – où il y a accord sur la règle, cet accord ne dépend pas de l'opinion des uns et des autres mais d'une forme de vie. Mais cette thèse, qu'on peut aussi retrouver en filigrane chez Hart, est très contestable en ce qu'elle présuppose une identité complète et non démontrée entre les contextes de la communication ordinaire – où aucune autorité n'est *a priori* désignée pour trancher les éventuels désaccords interprétatifs – et le contexte de la communication juridique qui institue précisément une autorité qui est chargée non pas tant de trancher des désaccords que d'imposer une signification. De ce point de vue, si le débat fort complexe entre exégètes de Wittgenstein et Kripke devait se dérouler entre juristes, Kripke serait certainement plus pertinent : en droit, attribuer une signification c'est exprimer une norme et non décrire un fait. Il n'existe pas de fait sémantique juridique qui puisse nous garantir que telle signification existe objectivement⁶¹ [25] : la normativité de la signification dépend des pratiques de la communauté mais cette communauté se limite très largement aux autorités désignées par le système juridique pour imposer les significations.

⁵⁸ Mackie, John. 1977. The Third Theory of Law. *Philosophy and Public Affairs* 7: 3–16.

⁵⁹ Gray, John Chipman. 1909. *The Nature and Sources of Law*. New and revised ed., 1921. New York: Macmillan Co., Chap. V. The Courts, 124–125 : « for, after all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what those words mean; that is, it is for them to interpret legislative acts »

⁶⁰ Radin, Max. 1930. Statutory interpretation. *Harvard Law Review* 43 (6): 863–885, p. 866 : « Words are certainly not crystals, as Mr. Justice Holmes has wisely and properly warned us, but they are after all not portmanteaus. We can not quite put anything we like into them. And we may not disregard them in statutes. The real question in statutory interpretation is just what we shall do with them ».

⁶¹ Kripke, Saul. 1982. *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*. Cambridge: Harvard UP ; trad. fr. de Th. Marchaisse : Kripke, Saul. 1995. *Règles et langage privé. Introduction au paradoxe de Wittgenstein*. Paris : Seuil.

On peut également, sur le fondement de cette thèse, contester la distinction entre les cas faciles et les cas difficiles qui laissent penser que les juges disposent d'un pouvoir créateur uniquement lorsque le cas est difficile. Là encore cela revient à penser que la difficulté du cas s'impose aux juges alors qu'ils sont les seuls à pouvoir l'apprécier. En d'autres termes, il n'y a pas de cas faciles et d'autres difficiles : il y a des cas qui sont dit faciles (pour s'en débarrasser en se servant d'une norme existante) et d'autres qui sont dit difficiles (bien souvent pour justifier l'usage ou la création d'une norme nouvelle). Il demeure néanmoins qu'il y a un élément commun au raisonnement des juristes : tous ont pour objectif principal de montrer qu'ils suivent une règle, que telle interprétation est ou bien i) déjà existante ; ii) novatrice mais cohérente avec l'ensemble dans lequel elle s'insère ; iii) novatrice et peu cohérente mais nécessaire eu égard aux circonstances. En d'autres termes, que le droit n'est pas le résultat de la volonté de celui qui le pose mais que cette volonté est un instrument au service d'un ordre déjà établi qui la contraint et auquel elle est définitivement et irrémédiablement subordonnée.

En définitive, la question qui mérite d'être posée est la suivante : pourquoi a-t-on besoin de faire du droit une « pratique sociale » plutôt qu'un « ensemble de normes » ? En réalité, dire que le droit est une « pratique » permet de mettre de côté le rôle des normes et la dimension prescriptive et autoritaire du langage du droit, en insistant au contraire sur la dimension pratique et rationnelle de la discussion juridique. Or, dire que le droit est une pratique sociale et qu'elle est donc partagée ne rend pas compte de la spécificité des positions de chacun dans cette pratique : les juges ne proposent pas des interprétations mais choisissent des significations, la doctrine juridique propose mais ne peut choisir, seulement influencer, les avocats peuvent influencer mais non choisir... Dans ces conditions, il semble difficile de conclure que les divers participants à la pratique juridique sont complémentaires⁶² (v. [40], [64], [39]).

Il reste que, une fois admis que les juges exercent un pouvoir, qu'a-t-on dit ? Que la démocratie est en danger ? Qu'il faut empêcher les juges ? Certainement pas. Les juges ne servent parfois à rien, c'est d'ailleurs ce que les défenseurs de la thèse herméneutique ne veulent pas voir. Les juges ont certainement un pouvoir mais il est extrêmement faible et il ne fait certainement pas d'eux les fondements de la démocratie.

⁶² Müller, Friedrich. 1994. *Strukturierende Rechtslehre*. 2e ed. Berlin: Duncker & Humblot ; Trujillo, Isabel. 2010. *Pensare e ragionare da giuristi: interpretazione e ragionamento giuridico. Ragion pratica* 34: 59–72 ; Moor, Pierre. 2010. *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*. Bruxelles, Paris, Lausanne: Bruylant, LGDJ, Schulthess Editions romandes.

Références

1. Alchourrón, Carlos, and Eugenio Bulygin. 1971. *Normative systems*. Wien-New York: Springer (édition argentine antérieure).
2. Alexander, Larry, and Emily Sherwin. 2008. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge Introductions to Philosophy and Law. Cambridge: Cambridge UP.
3. Atienza, Manuel. 2005. *Las Razones del Derecho. Teorias de La Argumentacion Juridica*. Mexico: UNAM.
4. Bobbio, Norberto. 1954. Sul ragionamento dei giuristi. *Revue internationale de philosophie* (27-28): 67–84.
5. Bulygin, Eugenio. 1982. Norms, Normative Propositions, and Legal Statements. In *Contemporary Philosophy. A New Survey*, ed. G. Floistad. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff, 127 et
6. Bulygin, Eugenio. 1995. *Norme, Validità et sistemi normativi*. Trad. ital Paolo Comanducci, and Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli, not. 105–106.
7. Centre national de recherches de logique. 1970. *Le Raisonnement juridique et la logique déontique*, Actes du colloque de Bruxelles, 22-23 décembre 1969. Louvain, Paris: Editions Nauwelaerts.
8. Cohen, Felix S. 1935. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review* 35 (6): 809–849.
9. Cohen, Mathilde. 2008. Giving Reasons in Court Practice : Decision-Makers at the Crossroads. *Columbia Journal of European Law* 14 (2): 257–276.
10. Cohen, Mathilde. 2011. *Giving Reasons: Why and How Public Institutions Justify their Decisions*. Cambridge: ProQuest, UMI Dissertation Publishing.
11. Coke, Sir Edward 1628. *The First Part of the Institutes of the Law of England, (Coke upon Littleton), reprinted in II The Selected Writings of Sir Edward Coke (1639)*. Ed. 2003. Indianapolis: Liberty Fund.
12. Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale. 1971. *Le Raisonnement juridique. Legal reasoning. Die juristische Argumentation*, Actes du congrès de Bruxelles, 30 août-3 septembre 1971. Louvain, Paris Editions Nauwelaerts.
13. Dworkin, Ronald. 1985. La Théorie du droit comme interprétation. *Droit et Société* 1: 100–114 (trad. F. Michaut).
14. Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge and London: The Belknap Press.
15. Fisher III, W., Morton J. Horwitz, and Reed, T. A. 1993. *American Legal Realism*. New York: Oxford UP.
16. Frank, Jerome. 1930. *Law & The Modern Mind*. New York: Brentano's.
17. Frank, Jerome. 1932. What Courts do in Fact. *Illinois Law Review* 26: 645–666, 761–684.
18. Gray, John Chipman. 1909. *The Nature and Sources of Law*. New and revised ed., 1921. New York: Macmillan Co.
19. Guastini, Riccardo. 2006. Le “point de vue” de la science juridique. *Analisi e Diritto*: 137–149.
20. Guibourg, Ricardo. 1986. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea.

21. Hart, H.L.A. 1962. The Judicial Decision by Richard A. Wasserstrom. *Stanford Law Review* 14: 919–926.
22. Hart, H.L.A. 1983. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
23. Hobbes, Thomas. *Thomas Hobbes, a Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. 1681. http://oll.libertyfund.org/EBooks/Hobbes_0298.pdf. V. en français: Hobbes, Thomas. 1990. *Dialogue entre un philosophe et un légiste des Common-Laws d'Angleterre*. Trans. L. Carrive, and P. Carrive. Paris: Vrin. Le texte est accessible en ligne dans une traduction de Philippe Folliot à cette adresse : <http://classiques.uqac.ca/>
24. Hutcheson, Joseph C. 1929. The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision. *Cornell Law Quarterly* 14: 274 réimprimé in 1998. The Judgment Intuitive: The Function of The “Hunch” in Judicial Decision. *South Texas Law Review* 39: 889.
25. Kripke, Saul. 1982. *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*. Cambridge: Harvard UP ; trad. fr. de Th. Marchaisse : Kripke, Saul. 1995. *Règles et langage privé. Introduction au paradoxe de Wittgenstein*. Paris : Seuil.
26. La Torre, Massimo. 2012. *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*. Napoli: Editoriale Scientifica.
27. Leiter, Brian. 2004. American Legal Realism. In *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, eds. Martin P. Golding, and William A. Edmundson, 50–66. Oxford: Blackwell Publishing.
28. Levi, Edward H. 1962. *An Introduction to Legal Reasoning (1941-1948)*. Chicago: The University of Chicago Press.
29. Levi, Edward H. 1964. The Nature of Judicial Reasoning. In *Law and Philosophy*, ed. Sidney Hook, 263–381. New York: New York University Press.
30. Llewellyn, K. N. 1960. *The Common Law Tradition-Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company.
31. MacCormick, Neil, and Ota Weinberger. 1986. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Kluwer.
32. MacCormick, Neil. 1978. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
33. MacCormick, Neil. 1983. On Legal Decisions and Their Consequences : From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review* 58: 239–258.
34. MacCormick, Neil. 1989. The Ethics of Legalism. *Ratio Juris* 2 (2): 184–193.
35. MacCormick, Neil. 1994. Legal Reasoning and the Institutional Theory. *Rechtstheorie Beiheft* 14: 117–139.
36. MacIntyre, Alasdair. 1981. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. 3rd ed. 2007 Notre Dame, Indiana: Univ. of Notre Dame.
37. Mackie, John. 1977. The Third Theory of Law. *Philosophy and Public Affairs* 7: 3–16
38. Modak-Truran, Mark C. 2001. A Pragmatic Justification of The Judicial Hunch. *Univ. of Richmond Law Review* 35: 55–89.
39. Moor, Pierre. 2010. *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*. Bruxelles, Paris, Lausanne: Bruylant, LGDJ, Schultess Editions romandes.
40. Müller, Friedrich. 1994. *Strukturierende Rechtslehre*. 2e ed. Berlin: Duncker & Humblot ;
41. Nino, Carlos Santiago. 1985. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
42. Nino, Carlos Santiago. 1999. *Il diritto come morale applicata*. trad. ital. a cura di M. La Torre. Milano: Giuffrè, 48–49.
43. Postema, Gerald J. 2002. The Philosophy of Common Law. In *The Oxford Handbook of*

Jurisprudence and Philosophy of Law, eds. Jules Coleman, and Scott J. Shapiro, 588–622. Oxford: Oxford UP.

44. Postema, Gerald J. 2003. Classical Common Law Jurisprudence (Part 2). *Oxford University Commonwealth Law Journal* 3 (1–28).
45. Radin, Max. 1930. Statutory interpretation. *Harvard Law Review* 43 (6): 863–885.
46. Raz, Joseph. 1975. *Practical Reason and Norms*. 2nd ed. 1999. Oxford :Oxford UP.
47. Raz, Joseph. 1994. *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press.
48. Redondo, Maria Cristina. 1996. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: CEC.
49. Renoux-Zagamé, Marie-France. 2004. La figure du juge chez Domat. *Droits* (39): 35–52.
50. Renoux-Zagamé, Marie-France. 2007. Domat, Jean. In *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe–XXe*, eds. P. Arabeyre, and J.-L. Halpérin, and J. Krynen, 254–257. Paris: PUF : 255.
51. Rumble, Wilfrid E. Jr. 1965. The Paradox of American Legal Realism. *Ethics* 75: 166–178.
52. Rumble, Wilfrid E. Jr. 1966. Rule-Skepticism and The Role of the Judge: A Study of American Legal Realism. *Journal of Public Law Emory Law School* 15: 251–285.
53. Samuel, Geoffrey. 2009. Can Legal Reasoning Be Demystified ?. *Legal Studies* 29: 181–210.
54. Scharffs, Brett G. 2001. Law as Craft. *Vanderbilt Law Review* 54: 2245–2347.
55. Scharffs, Brett G. 2004. The Character Of Legal Reasoning. *Washington and Lee University School of Law* 61: 733–786.
56. Schauer, Frederick. 1995. Giving Reasons. *Stanford Law Review* 47: 633–659.
57. Schauer, Frederick. 2003. Neutrality and Judicial Review. *Law and Philosophy* 22: 217–240.
58. Schauer, Frederick. 2009. *Thinking Like A Lawyer. A New Introduction To Legal Reasoning*. Cambridge-London: Harvard UP.
59. Segal, Jeffrey A., and Albert Cover. 1989. Ideological Values and the Votes of Supreme Court Justices. *American Political Science Review* 83: 557–565 et contra :
60. Smith, Matthew Noah 2006. The Law as a Social Practice. Are Shared Activities at the Foundations of Law? *Legal Theory* 12 (3): 265–292.
61. Songer, Donald R., and Stefanie A. Lindquist. 1996. Not the Whole Story: The Impact of Justices’ Values on Supreme Court Decision Making. *American Journal of Political Science* 40: 1049–1063.
62. Stone, Julius. 1968. Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument. In *Legal systems and Lawyer’s reasoning*, 301–337. Stanford: Stanford UP.
63. Sunstein, Cass. 2012. Elections. *New York Review of Books* (Nov. 8): 10–12.
64. Trujillo, Isabel. 2010. Pensare e ragionare da giuristi: interpretazione e ragionamento giuridico. *Ragion pratica* 34: 59–72.
65. Viola, Francesco. 1990. *Il diritto come pratica sociale*. Milano: Ed. Univ. Jaca.
66. Viola, Francesco. 2007. Pratiche sociali: istituzioni e procedure nel costituzionalismo. *Rivista di Studi Utopici* 2: 97–106.
67. Wasserstrom, Richard A. 1961. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford UP.
68. Weinreb, Lloyd L. 2005. *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*. New York: Cambridge University Press :123–46.
69. Zelsermyer, William. 1963. *The Process of Legal Reasoning*. New York: Prentice-Hall Inc.