HAL
open science

Argument sociologique et théories de l'interprétation : beaucoup d'interprétation, très peu de sociologie

Pierre Brunet

▶ **To cite this version:**

Pierre Brunet. Argument sociologique et théories de l'interprétation : beaucoup d'interprétation, très peu de sociologie. Dominique Fenouillet. L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité, Dalloz, pp.101-116, 2014, 9782247150243. halshs-01408730

HAL Id: halshs-01408730

https://shs.hal.science/halshs-01408730v1

Submitted on 5 Dec 2016

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.

Argument sociologique et théories de l'interprétation : beaucoup d'interprétation, très peu de sociologie

Pierre Brunet

Université Paris Ouest – Nanterre, Dir. UMR 7074, CTAD, membre de l'IUF

in D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2015, p. 101-116.

Le sujet qu'il m'est proposé de traiter — l'argument sociologique et les théories de l'interprétation — soulève plusieurs difficultés préalables dont je ne sais pas si je parviendrai à toutes les surmonter.

La première est que les théories de l'interprétation juridique ne s'intéressent pas nécessairement aux arguments, quels qu'ils soient, qu'utilisent les juristes quand ils interprètent les textes ou le droit en général. Les théories de l'interprétation juridique s'intéressent en général à la « nature » de l'interprétation en droit. Et le débat met en présence trois positions : ceux qui voient l'interprétation comme une opération de la connaissance (interpréter c'est connaître ou découvrir la signification d'un texte juridique ou, encore, le sens exact d'une norme) ; ceux qui la voient comme une opération de la volonté (interpréter c'est attribuer une signification à un texte ou encore tirer une norme d'un texte) et ceux qui la considèrent comme un mélange des deux. Bien évidemment cette tripartition est discutable et c'est l'objet de certaines approches métathéoriques que de les discuter.

Il existe également des théories qui s'intéressent aux arguments et techniques dont se servent les interprètes juridiques pour parvenir à leur décision ou — selon le point de vue que l'on adopte sur la nature de l'opération interprétative — pour la justifier. Ces théories présupposent ou se fondent sur une théorie de l'interprétation juridique mais ce sont des théories de l'argumentation juridique. Ces théories peuvent être ou bien descriptives des arguments utilisés, ou bien normatives — et prescrire tel ou tel argument ou type d'arguments — ou bien encore les deux à la fois[1]. Ainsi, selon le choix

[1] V., par exemple, Atienza, 2013, Atienza, 1997, et Alexy, 1983.

initial que l'on aura fait, on s'intéressera aux arguments mobilisés par les interprètes (pour en montrer la variété ou l'uniformité) ou l'on cherchera à identifier les arguments qu'ils doivent utiliser (parce qu'on les pense légitimes, raisonnables, etc.) ou encore on combinera les deux modalités de l'analyse. Lorsqu'on s'interroge sur la place de l'argument sociologique dans les théories de l'interprétation, on se situe plutôt du côté de la théorie de l'argumentation.

Surgit alors une nouvelle difficulté : de toutes les théories de l'argumentation développées ces dernières années, aucune n'accorde la moindre place à l'argument « sociologique[2] ». Inversement, si les théories qui s'attachent à la nature de l'opération d'interprétation n'accordent pas de place spécifique à un argument identifié comme « sociologique », elles s'attachent toutes à montrer (et selon des proportions diverses qui tiennent à leurs présupposés) la part que prennent les considérations « non juridiques » ou « extra-juridiques » dans l'interprétation.

Une troisième difficulté tient évidemment à l'ambiguïté — l'obscurité ? — de l'expression « argument sociologique ». Non que l'expression « argument juridique » soit des plus claires. Car bien souvent, ce que l'on appelle de ce nom ne l'est que pour des raisons formelles. Mais précisément : cela laisse apparaître un préjugé formaliste très répandu et largement partagé selon lequel est « juridique » l'argument tiré du texte de loi, de la lettre d'un contrat ou encore d'une disposition d'un traité mieux encore d'une décision de justice ou d'une disposition de la Constitution. Mais l'argument sociologique, que serait-il ?

L'expression peut être comprise en plusieurs sens : selon que l'on désigne un argument formulé par une théorie ou une analyse sociologique et qu'une argumentation juridique emprunterait ou un argument formulé par le droit lui-même mais qui aurait pour objet la société ou les relations sociales. Ne dit-on pas d'un argument qu'il est « économique » lorsqu'il procède d'une théorie économique justement ? Inversement, ne demande-t-on pas bien souvent au droit et à ceux qui l'appliquent de tenir compte des réalités sociales ?

L'objection qui surgit est que, prise en tant que « science », la sociologie — comme l'économie, l'histoire ou toute autre discipline d'ailleurs — formule

[2] Pas plus chez ceux qui proposent une sémiotique de l'argument juridique, v. Kennedy, 1991.

des théories, des analyses, le cas échéant à partir des résultats d'enquêtes… mais non, à proprement parler, des « arguments ». Par ailleurs, si tant est qu'on puisse imaginer qu'une argumentation juridique adopte de tels arguments, on sait bien — c'est une observation que la sociologie du droit pourrait faire — que le droit transforme tout ce qu'il touche en droit[3]. Et dès lors, les arguments initialement sociologiques deviendraient des arguments « non juridiques » ou « extra-juridiques » au service d'une argumentation « juridique ».

Et de quelle argumentation juridique parlera-t-on ? Là encore une distinction — bien connue — s'impose car le terme peut désigner au moins deux types de discours : une argumentation « descriptive » ou encore « scientifique » au sens faible du terme, disons doctrinale, d'une part, et une argumentation que l'on qualifiera par commodité de « prescriptive » d'autre part. La première chercherait à défendre une thèse, à accroître la connaissance, à élucider une question théorique, éventuellement à faire l'inventaire des arguments *pro* ou *contra* invoqués ou invocables dans telle ou telle solution en distinguant le cas échéant la nature de chacun (juridique, sociologique historique, économique…). L'argumentation prescriptive chercherait, elle, à convaincre une juridiction du bien-fondé de telle ou telle solution sans s'embarrasser d'une analyse exhaustive de la nature des arguments. La différence entre ces deux formes d'argumentation est importante car elle change le sens que l'on donne au terme « argument » : dans l'argumentation « descriptive », un argument est un élément de raison à l'appui d'une démonstration ; dans l'argumentation prescriptive, c'est un procédé rhétorique visant à provoquer l'adhésion de l'interlocuteur. Les juristes sont familiers de ces « arguments » auxquels se réduisent bien souvent les « méthodes » d'interprétation.

On peut donc comprendre l'expression « argument sociologique » autrement. Par « argument », les juristes désignent une « méthode d'interprétation » des textes juridiques et, par « sociologique », ce qu'ils tiennent pour des pratiques sociales, des mœurs, des habitudes, une normativité « de fait » en somme, souvent très éloignée de ce que la sociologie elle-même constaterait. L'argument sociologique, en droit, serait donc la

[3] « À cet égard, le droit ressemble au roi Midas. Tout ce que celui-ci touchait se transformait aussitôt en or ; de façon analogue, tout ce à quoi le droit a trait devient droit » (Kelsen, 1962, 369).

méthode d'interprétation d'un texte tirée de l'observation des pratiques humaines ou plus largement encore de faits sociaux, voire qui s'en inspire, ou qui se fonde sur ces pratiques et ces faits sociaux.

À cet égard, il est incontestable que les juristes, les juges, les avocats… ont recours à des arguments de ce type. Mais ils s'en servent alors dans le cadre d'une argumentation juridique en vue de justifier des choix interprétatifs, que l'interprétation porte sur les faits ou sur les textes censés s'appliquer à ces faits. Autrement dit ils cherchent bien souvent à dissimuler l'argument non juridique derrière un argument parfaitement identifié, du point de vue interne, *i.e*, le leur, comme juridique.

Il est également peu contestable que de nombreuses théories de l'interprétation ont promu ce type d'arguments ou, disons plutôt, de méthodes d'application et d'interprétation du droit. Ces théories sont connues sous le nom des « théories sociologiques du droit » et sont historiquement apparues à la fin du XIXe siècle ; elles ont connu leur heure de gloire au début du XXe siècle. On pense évidemment au mouvement dit de la libre recherche en droit qui fut très influent en Allemagne, en France et aux États-Unis[4]. Mais à proprement parler — nouvelle difficulté — ces théories ne se présentent pas comme des théories de l'argumentation juridique ou de l'interprétation en droit. Ce que l'on désigne sous la rubrique « théories sociologiques du droit » est bien souvent un conglomérat d'opinions doctrinales s'opposant au formalisme — ou textualisme — que défendaient, en leur temps, l'École de l'Exégèse et les Pandectistes allemands. Ce formalisme a également inspiré, aux États-Unis, certains juristes favorables à la constitution d'un « droit comme science[5] ».

En revanche, des théories descriptives, que l'on n'identifie pas sous le nom de théories sociologiques, ont cherché à montrer l'importance heuristique et épistémologique d'une approche sociologique du droit. Si ces théories s'appuient sur une théorie de l'interprétation, elles ne sont pas réductibles à cela ; elles ne consacrent pas non plus de place spécifique à ce qui serait un « argument sociologique ». Elles mettent en évidence le recours par les juristes, et surtout par les juges, à ce que d'aucuns appellent la « méthode

[4] On pense évidemment, pour les auteurs de langue allemande, à Ehrlich, Fuchs, Gmelin, Kohler, Kantorowicz, Würzel ; en France, à Demogue, Gény ou Saleilles.

[5] Schweber, 1999, Hoeflich, 1986.

sociologique » — qui doit en réalité assez peu à la sociologie — sans pour autant la promouvoir plus qu'une autre ou, mieux encore, en montrant que cette méthode n'en était pas une.

Une fois toutes ces difficultés soulevées, que faire ? Sans doute poser le problème un peu autrement. Plutôt que de se demander quelle place les théories de l'interprétation font à un argument qui n'existe tout simplement pas, mieux vaut se demander pourquoi, en dépit de leurs critiques acharnées du « formalisme », les théories de l'interprétation dite « sociologique » ne sont en réalité jamais parvenues à imposer, dans le discours juridique, un « argument sociologique ».

Le début d'explication tient peut-être au rapport quelque peu contradictoire que les juristes (si cet universel est permis) entretiennent avec le « formalisme » juridique, justement. Mais avant d'approfondir cette hypothèse, il convient de revenir un peu sur certaines théories de l'interprétation juridique que l'on qualifie parfois de « sociologiques » — en assumant la part d'arbitraire et l'absence d'exhaustivité auxquelles le manque de place nous condamne.

Le point commun initial aux diverses théories de « l'interprétation sociologique » est l'affirmation de la liberté des juges, lesquels sont volontiers vus comme des législateurs. Il reste que là encore une distinction s'impose : les uns pensent la liberté du juge dans le cadre d'une théorie de la justice sociale ; les autres pensent la liberté du juge dans le cadre d'une théorie de l'interprétation.

I. La liberté du juge fondée sur une théorie de la justice sociale

S'il est un nom auquel on peut associer cette conception, c'est celui de Roscoe Pound. On sait que ce dernier a très tôt dénoncé la *« mechanical jurisprudence »* des juristes formalistes épris de « droit scientifique » pour leur opposer sa fameuse *« sociological jurisprudence »*[6]. L'adjectif s'était imposé à lui sous l'influence des pères de la sociologie américaine (Albion Small, Lester Ward, et plus encore E. A. Ross dont il fut le collègue à l'université du Nebraska de

[6] Pound, 1908b.

1901 à 1906)[7] mais aussi, bien entendu, de Holmes[8] et des juristes de langue allemande dont il était un avide lecteur.

Dans ses premiers articles, Pound souligne la dimension et la fonction sociales du droit. Dès 1905, il en appelle à une nouvelle philosophie du droit, fondée sur une bonne compréhension des éléments de science politique et de science sociale[9]. Pour Pound, comme pour Holmes avant lui, le droit est une suite d'expériences en ce qu'il fait partie de la vie humaine. S'il veut le comprendre, le juriste doit certes étudier ce que décident les cours mais aussi les circonstances et conditions sociales et économiques de leurs décisions et celles auxquelles les principes sont appliqués. Pound en appelle donc à une meilleure prise en compte des faits sociaux et des situations individuelles. Il vitupère contre les « moines du droit » qui, en s'enfermant dans le « pur droit », sont incapables de façonner les « principes pratiques » susceptibles d'être appliqués à un monde en mouvement fait de chair et de sang[10]. Aussi insistera-t-il sur la distinction — qui lui restera — entre le *law in books* et le *law in action*. Cette distinction vise à souligner l'importance des facteurs sociaux dans la manipulation des catégories juridiques.

Mais cette conception comprend également une théorie prescriptive de la fonction de juger selon laquelle le juge se voit investi de la mission d'adapter le droit aux situations individuelles. L'analyse de Pound est qu'un changement s'est opéré et que la société demande désormais aux juges de répondre à la demande sociale, de satisfaire des besoins et non de se contenter d'appliquer mécaniquement des lois.

Ainsi, en 1907, Pound écrit : *« Courts must decide cases ; they must decide them in accord with the moral sense of the community so far as they are free to do so*[11]*. »* Il reprend cette idée l'année suivante en insistant sur le fait que la tâche du juge est de rendre un « principe vivant » non par déduction mais par une mise en œuvre concrète de ce dernier : *« the task of a judge is to make a principle living, not by deducing from it rules […] but by achieving thoroughly the less ambitious but more useful*

[7] Geis, 1964, Trevino, 1994, Gardner, 1961.

[8] Pound, 1921.

[9] Pound, 1905.

[10] Pound, 1907a où il parle des *« legal monks who pass their lives in an atmosphere of pure law, from which every worldly and human element is excluded »*.

[11] Pound, 1907b.

labor of giving a fresh illustration of the intelligent application of the principle to a concrete cause, producing a workable and a just result[12] ».

Il emprunte les éléments de cette théorie qui fait des juges des garants de la justice sociale aux auteurs de la « Freie Rechtsfindung » (dont plusieurs seront ensuite traduits en anglais). Leur point de départ est, dit-il, « philosophique ou sociologique » et l'essentiel est, selon eux, qu'une solution juste et raisonnable soit apportée à chaque litige individuel. Dans ces conditions, « la loi est vue comme un guide de l'action du juge qui le conduit vers un résultat équitable mais le juge demeure libre — dans de larges limites — d'adapter la loi aux situations individuelles afin de satisfaire la demande de justice qu'expriment les parties et de concilier la raison et le sens moral des citoyens ordinaires[13] ».

Il convient de s'arrêter un peu sur la théorie de l'interprétation législative que Pound trouvera chez Josef Kohler (et qu'il contribue à faire connaître aux États-Unis[14]). Dans son *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*[15], Kohler écrit[16] :

> « Jusqu'à maintenant nous ne nous sommes malheureusement pas intéressés à la signification sociologique de la fabrication du droit. Alors que nous avons acquis la conviction que ce n'est pas l'individu qui fait l'histoire mais la totalité du peuple, dans la fabrication du droit nous ne reconnaissons d'efficacité qu'à la personne qui fait le droit. Nous nous désintéressons complètement du fait que celui qui fabrique le droit est un homme de son temps, totalement imprégné des pensées de son époque, habité par la culture qui l'environne, qu'il travaille avec les points de vue et les conceptions qu'il tire de sa sphère de culture, qu'il parle avec des mots qui ont un siècle d'histoire derrière eux et dont la signification a été fixée par le processus sociologique d'un millier d'années de développement linguistique et non par la personnalité de l'individu.

---

[12] Pound, 1908b. Il ajoute : *« the demand is for satisfactory decision of individual cases. And elective courts naturally respond to that demand by lax or, if you will, equitable, methods of applying the law to concrete cases, which are out of accord with legal theory. […] shifting of relative importance of individual and society leads to a complete change in the relation of law to administration, a relation with respect to which our common-law polity is characteristic and difficult of readjustment. In other words, the center of juristic theory is no longer the individual ; it is society. »*

[13] Pound, 1908a. Gmelin, 1917, p. 88, écrivait de son côté : *« The judge ought to perform his duty not with his head merely but also with his heart ; he must exercise his imagination to place himself vividly into the circumstances of the parties appearing in the various tragedies and comedies on his docket, so that he may realize how they felt when they acted as they did, what ends they may have pursued, and whether such pursuit can be held blameless when considered with a view to the general welfare. »* Un rapprochement avec la théorie que défendra Perelman (contre le positivisme de Kelsen) bien des années plus tard mériterait un autre article.

[14] Pound, 1911. Et qui l'influencera v. Elison, 1961 pour qui : *« Pound bases his theory of sociological jurisprudence to a large degree on the work of Kohler. »*

[15] Cité par Pound, 1911. Pour une traduction française v. Pound, 2012. Ce texte fera l'objet d'une édition anglaise dans le volume collectif publié en 1917 et consacré à l'école de la libre recherche.

[16] 1906, I, § 38. J'utilise la version anglaise : Kohler, 1917.

> L'opinion selon laquelle la volonté du législateur domine l'interprétation législative n'est qu'un exemple du traitement non historique des faits de l'histoire du monde et devrait disparaître entièrement de la théorie du droit. D'où ce principe : les règles de droit ne sont pas à interpréter selon ce qu'a pensé ou voulu le législateur mais sociologiquement, elles doivent être interprétées comme la production du peuple tout entier, dont le législateur est devenu un organe[17]. »

Ainsi, Kohler entend conférer au juge le pouvoir de se soustraire au sens littéral afin d'adapter le texte écrit — et ancien — aux préoccupations contemporaines des individus — de la société — auxquels il sera appliqué. Et cette « adaptation » doit, dans certains cas, passer par l'introduction d'une nouvelle signification. Parce qu'il rejette tout sens littéral, Kohler reconnaît que plusieurs interprétations d'une loi sont possibles et qu'il faut choisir celle qui a la signification la plus rationnelle et la plus efficace[18]. Ou encore, sélectionner parmi les différentes interprétations possibles celle qui donne à la loi sa signification la plus raisonnable et la plus avantageuse et qui produira les effets les plus bénéfiques. Il convient de préciser que l'originalité de Kohler se trouve non pas dans le fait qu'il soutient une conception de l'interprétation plus « subjective » encore que celle consistant à se référer à l'intention du législateur, mais, au contraire, en ce qu'il opère un retour à Hegel en faisant l'hypothèse d'une raison collective susceptible d'être mise en œuvre par le juge.

Aussi originale qu'elle ait pu paraître à Pound — et sans doute a-t-elle largement contribué à sa doctrine de la « balance des intérêts » qu'il développera par la suite —, cette théorie repose sur des postulats eux-mêmes très classiques.

D'une part, Kohler ne cache pas que, selon lui, l'interprétation consiste en une « découverte » du sens et de la signification. La seule différence avec les doctrines précédentes porte sur l'objet de cette découverte qui n'est plus l'intention d'une personne mais « ce qui est réellement dit »[19]. D'autre part,

---

[17] De même, Kohler ajoute (non cité par Pound) : *« The method of interpretation formerly prevailing was nothing but one great error. It failed to recognize that every work of the intellect is the product of social forces, and also that the contents concealed in the written text are of infinite extent, and that the idea contained in it has a life of its own independent of the person who thinks or expresses it. In an attempt to make the idea the mere slave of the will, this method led to the conclusion that whatever the legislator had intended was the law »* (Kohler, § 6, 195).

[18] *« Interpreting a statute means not only to find the meaning concealed behind the expression, but also to select from the various meanings which the text may bear that meaning which must be held to be the correct and authoritative one. »*

[19] *« To interpret is to discover meaning and significance. It does not concern the meaning and significance of what some person intends to say, but of what is actually said. »*

Kohler reste encore attaché à l'idée que l'interprète doit parvenir à la signification « correcte », ou « exacte », ou encore « vraie » du texte de loi qu'il « découvrira » (« § 3. How the True Meaning is Discovered »). Enfin, Kohler continue de raisonner en considérant que la science juridique vient au soutien de l'interprète en fournissant à ce dernier les moyens d'identifier la signification du texte qui soit la plus bénéfique pour la société[20]. À cet égard, si le juge n'est certes pas lié par la lettre du texte, ni à proprement parler par son esprit, Kohler ne le perçoit pas non plus comme investi d'un pouvoir discrétionnaire susceptible d'arbitraire. Les bornes de son pouvoir d'interprétation sont selon lui multiples : *« It appears, therefore, that in interpreting a statute one should first look to its reason, then to its logical consistency, and finally to the history of social movements. »*

On pourrait, à ce stade, être tenté de rapprocher Kohler de Gény lequel a, comme l'on sait, ardemment milité pour une conception évolutive ou sociologique de l'interprétation juridique[21]. Toutefois, outre sa filiation hégélienne, ce qui distingue Kohler de Gény, c'est qu'il fait reposer la nécessité de l'interprétation sur une théorie du langage relativement complexe, qu'il emprunte sans aucun doute autant à Hegel qu'à Savigny et Jhering. Selon Kohler, notre pensée n'est pas tant personnelle que sociale ; elle est le fruit d'un long processus historique ; elle est liée à un nombre infini d'autres pensées ; de sorte que la législation est elle aussi le résultat d'une histoire et d'une société.

Il demeure que, si Kohler s'efforce de préciser les éléments que l'interprète doit sélectionner afin de parvenir au sens vrai de la loi, ces fameux éléments — *« its reason, then to its logical consistency, and finally to the history of social movements »* — sont très peu empiriques et n'ont en réalité par grand chose à voir avec la sociologie. Toute cette doctrine ou théorie de l'interprétation procède d'une autre doctrine, celle de la signification sociologique de la production juridique, autrement dit des « finalités sociales du droit » lesquelles

[20] *« The principal consideration is rather this : Among the possible interpretations of the statute we are to select that which gives to it the most reasonable and salutary meaning, and which will produce the most beneficial effect. It is hardly necessary to justify this proposition ; for it is self-evident that legal life prospers best where statutes have the most rational and efficient meaning. The main business of legal science should be to serve legal practice by making the law reasonable. »*

[21] La thèse est bien connue, trop pour être exposée ici.

dépendent moins du droit que de celui qui, prétendant le décrire, cherche à l'influencer, le modifier, le façonner.

À la même époque, une autre perspective semble envisagée.

II. La liberté du juge comme résultat de l'interprétation

En 1914, dans un article fortement influencé par Holmes et Gray, et dans lequel il reconnaît sa dette envers les théories de la « libre création ou de l'interprétation sociologique » (dont il impute la paternité à Jhering, Kohler et Gény), le philosophe Morris Cohen — le père de Felix — s'emploie à critiquer ce qu'il appelle la *« phonograph theory of judicial function*[22] *»* et prolonge l'analyse de John Chipman Gray selon laquelle, parce qu'il n'existe tout simplement pas de droit avant l'intervention des juges, les juges font autant la *common law* que les lois écrites : le droit se réduit donc aux interprétations des cours[23].

À l'appui de sa thèse, Cohen avance trois arguments. Premièrement, les juges font d'abord le droit en le « trouvant ». L'affirmation peut prêter à confusion puisqu'elle laisse penser que le droit préexiste à la décision des juges. Or, explique Cohen, les juges trouvent le droit à partir des règles existantes mais ce sont leurs interprétations qui leur permettent de fabriquer toute une série de règles nouvelles voire de régimes juridiques entiers. Deuxièmement les juges font le droit aussi en l'interprétant : cette activité ne consiste ni en une découverte du vrai sens de la règle, ni en la recherche de l'intention du législateur — qui n'est qu'une fiction. Et par ailleurs, ajoute Cohen, l'interprétation d'une loi ne peut se limiter à une méthode purement sémantique car ce serait tomber dans l'illusion d'un sens littéral que l'on pourrait suivre indépendamment des conséquences, même absurdes, auxquelles conduirait le cas échéant cette interprétation littérale[24]. L'interprétation est donc bien une création juridique. Enfin, troisième argument, les juges font le droit en l'appliquant : Cohen affirme qu'il n'est pas possible d'appliquer le droit sans l'interpréter et que la distinction entre application et interprétation repose sur un présupposé erroné que les

---

[22] Cohen, 1914.

[23] Cohen, 1914 : *« Moreover, not only is the common law changed from time to time by judicial decisions, but we may with Professor Gray go on to assert that in the last analysis the courts also make our statute law ; for it is the Court's interpretation of the meaning of a statute that constitutes the law. »*

[24] On retrouve aujourd'hui le débat entre les juges Scalia et Breyer au sein de la Cour suprême des États-Unis.

catégories juridiques sont des petites boîtes dans lesquelles on pourrait ranger les faits. Et donc les juges doivent prendre en compte les spécificités des situations de fait en même temps qu'ils doivent hiérarchiser les principes applicables. De sorte qu'ils sont contraints d'aller chercher d'autres considérations que celles que leur fournit le droit. Est-ce à dire que cette création est purement subjective ? Et si elle ne l'est pas où se trouvent les bornes de cette subjectivité ? Pour Cohen la création judiciaire se fait « à la lumière des demandes sociales » : non pas seulement celles des parties mais celles de la communauté dans laquelle se trouve le juge.

Ainsi Cohen semble rejoindre Kohler et Pound : l'action des juges est ou doit être de répondre à la demande sociale. Pourtant, les raisonnements sont très différents. Tandis que chez Pound, la satisfaction de la demande sociale (et donc sa prise en compte) par les juges correspond à une théorie de la justice qui procède d'une théorie sociologique du droit, chez Cohen, la conclusion procède d'une théorie de l'interprétation juridique. En d'autres termes, c'est parce qu'il n'existe aucune règle scientifique permettant de découvrir soit l'intention du législateur, soit la vraie signification des mots, qu'il faut reconnaître que ce sont seulement des maximes de politique publique et de choix sociaux qui peuvent guider les juges[25].

On mesure sans doute mieux encore l'originalité — ou la radicalité de la position de Cohen — si on la compare avec celle de Kohler : Cohen ne s'appuie pas sur une théorie de la signification sociologique du droit en général et son approche est bien plus empirique : c'est parce que l'interprétation des textes de droit est une condition même de leur mise en œuvre que les juges disposent d'une liberté dans leur interprétation et la seule limite que l'on peut envisager n'est nullement théorique mais dépend de la politique jurisprudentielle qu'ils souhaitent suivre et qu'ils peuvent nourrir de considérations diverses[26].

---

[25] Cohen, 1914 écrit : *« The meaning of a statute consists in the system of social consequences to which it leads or of the solutions to all the possible social questions that can arise under it » […]. « The meaning of a statute, then, is a juridical creation in the light of social demands. It decides not so much what the legislature actually intended, nor what the words of a statute ordinarily mean, but what the public, taking all the circumstances of the case into account, should act on. […] These are not scientific rules for the discovery of actual intentions or the meanings of words, but maxims of public policy to guide judges in the process of making law out of statutes. »*

[26] Cohen, 1914. Il ajoute : *« These solutions or systems of consequences cannot be determined solely from the words used, but require a knowledge of the social conditions to which the law is to be applied as well*

Il est également tentant de rapprocher Morris Cohen de ce qu'écrira Benjamin Cardozo quelques années plus tard[27]. Mais, là encore, ce sont les différences qui méritent d'être soulignées.

Si Cardozo suit Gray et Holmes dans leur rejet du formalisme, il défend en définitive une position bien plus mesurée que celle de Morris Cohen en faisant de larges emprunts à Gény. Il adhère ainsi à l'idée que c'est dans le silence de la loi ou son inadéquation que le juge doit créer du droit et agir en poursuivant les buts que le législateur lui-même aurait poursuivi s'il était intervenu. Il défend donc une position qu'il veut « juste milieu » : se situant à égale distance des adeptes d'un juge « non législateur » et ceux d'un juge « pur législateur », il explique que le juge peut créer du droit de « façon interstitielle » (dans les interstices que lui laisse le droit positif). Par ailleurs, cette création interstitielle est la mise en œuvre d'un pouvoir et non d'un droit — autrement dit, un pouvoir lui-même soumis à l'obligation de ne pas en abuser.

À cet égard, il est amusant de constater que, près de cinquante ans avant Dworkin, Cardozo se fonde sur la décision *Riggs v. Palmer* (115 N. Y. 506) pour illustrer sa conception du *« judicial process »* à savoir que les juges disposent du pouvoir de pondérer les dispositions légales par des principes de justice et ainsi s'opposer à la demande d'un héritier, reconnu criminel, qui réclamait son héritage en se fondant sur le testament de sa propre victime. Mieux encore, Cardozo tient le principe — nul ne peut bénéficier de sa propre turpitude — pour un principe philosophique et non juridique. Et de même qu'il existe des principes « philosophiques », il existe selon lui des principes de justice sociale ou « sociologiques » qui guident l'action des juges dans leur entreprise de création « interstitielle ».

Quant à Gény, dont Cardozo fait grand cas, il convient de souligner qu'il continue à raisonner très largement en admettant le préjugé formaliste de « l'intention du législateur » et du « vrai sens » du texte. La proposition qu'il fait d'une recherche libre de la règle de droit par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ne concerne que certaines hypothèses très limitées, à savoir l'absence de règle ou de coutume applicable, une ambiguïté du texte, une éventuelle incohérence. En plaidant pour une libre recherche, il favorise

---

as of circumstances which lead to its enactment. Legal rules relate to human life, and grammar or formal logic alone will not enable us to deduce their juridical consequences. »

[27] Cardozo, 1921.

l'autonomie du droit mais ne cherche pas à créer de désordre juridique et ne se défait pas de l'idée que le droit doit être un ordre structuré[28]. Autant d'hypothèses dont Gray, Cohen ou Holmes ne s'embarrassent pas. Pas plus que les réalistes après eux.

Les réalistes, justement, reprennent eux aussi cette antienne holmesienne selon laquelle les juges doivent décider sur le fondement d'une connaissance aiguë et complète de la réalité sociale contemporaine. Cela ne veut pas dire que ces mêmes juges ont vocation à se lancer dans des considérations « sociologiques » à la Pound ou à la Kohler qui les conduiraient à s'interroger sur les fins sociales du droit. Au contraire. Plutôt que de proférer des jugements portant sur le contenu substantiel du droit positif, Llewellyn (et les autres) demandent aux juges de s'attacher au contexte social dans lequel évoluent les justiciables. C'est là le seul moyen d'acquérir le « sens de la situation » qui permet de juger les litiges et de tenir compte de la finalité que visent les textes eu égard à la situation concrète dans laquelle ils sont invoqués, situation qui a pu générer des attentes de la part des personnes concernées[29]. Si donc Llewellyn conçoit que les juges puissent adapter voire changer les règles, ce pouvoir n'est nullement le résultat d'un caprice ni même d'une « bonne intention » mais résulterait d'une nécessité : celle de répondre aux changements de valeurs que toute société subit. Toutefois, les valeurs en question ne sont pas chez lui celles de la « société » entière, entendue comme une entité douée de raison. Ces valeurs sont celles des groupes sociaux possédant et développant des pratiques propres que le « sens de la situation » permet d'identifier[30].

Si les réalistes conçoivent la possibilité d'un tel interventionnisme, ce n'est pas en application d'une quelconque théorie faisant du juge une sorte de grand législateur rationnel. Mais c'est parce qu'ils s'appuient sur une analyse du raisonnement juridique marquée par l'indétermination qu'avait déjà soulignée Holmes : aucune solution unique ne peut être justifiée par les règles de droit. Par ailleurs, dès lors qu'ils doivent prendre en compte les faits, les juges raisonnent selon des schémas-types qui rendent les décisions peu prévisibles.

---

[28] Sur l'interprétation chez Gény, v. Costa, 1991, De Los Mozos, 1991, Frydman, 2000, Meccarelli, 2011.

[29] Singer, 1988.

[30] D'où l'analyse approfondie des pratiques commerciales : v. Llewellyn, 1962.

Il reste que ces théories n'ont jamais fait émerger un « argument sociologique » au sein de l'argumentation juridique ni fait disparaître une position textualiste toujours très présente.

III. Le préjugé formaliste et sa critique

Il faut ici en revenir au préjugé formaliste des juristes qui leur permet de distinguer entre le juridique et le non-juridique, préjugé qui peut être autant renforcé qu'il peut être contesté d'ailleurs. Et c'est ce qui explique que, depuis des lustres, les juristes s'opposent entre ceux qui plaident pour une conception formelle du droit et ceux qui revendiquent une conception sinon matérielle du moins non formelle ou « anti-formaliste ».

Certes, par « formalisme » on peut vouloir ne désigner que ce courant né au XIXe siècle sous l'empire de la codification et auquel on rattache notamment l'École de l'Exégèse. Le terme renvoie alors une théorie — une conception — générale du droit qui contient, entre autres, une théorie de l'interprétation. Cette dernière est intimement liée aux postulats de complétude et de cohérence du droit lequel est, comme l'on sait, réduit au code qui est lui-même identifié à la volonté du législateur.

Interpréter, dans ce contexte, c'est retrouver cette volonté, réputée être la source exclusive du droit. La « théorie » de l'interprétation consiste donc en certaines « méthodes » susceptibles d'atteindre la signification correcte ou juste ou vraie du texte : lorsque le texte est clair, l'interprétation doit être littérale ; lorsque plusieurs textes entrent en conflit, on doit privilégier le plus récent ; lorsque les textes sont contemporains les uns des autres, ou lorsque le texte n'est pas clair, on doit rechercher l'esprit de la loi, ce que Jhering appellera « l'interprétation logique » et que les cours anglaises appelleront la *« ratio legis »*[31].

C'est donc l'objectivité de l'opération d'interprétation que ces méthodes sont censées garantir afin que le résultat de cette opération — l'interprétation posée par l'interprète — ne soit en aucun cas l'expression de sa volonté. Bien évidemment, la forme suprême du raisonnement que doit suivre le juge est le syllogisme judiciaire. En d'autres termes, le droit doit être considéré comme

[31] Stone, 1947, 150-151. Et si ces méthodes échouent, ajoute Stone, elles devront être complétées par d'autres méthodes ou « arguments » (analogie, *a contrario, a pari, a majori ad minus, a minori ad majus, exceptio est strictissima interpretationis, inclusio unius exclusio alterius*).

une science et, comme le voudrait la science, le raisonnement juridique doit être déductif et logique.

Après avoir été énoncé, le formalisme a été largement dénoncé[32], notamment sous l'influence de Jhering, Holmes et Gény, suivis par nombre de juristes tant en Allemagne qu'en France et aux États-Unis.

Les premiers critiques dénonçaient le « conceptualisme » de leurs prédécesseurs ou ce que Gordley identifie comme trois idées « rationalistes »[33], à savoir que les concepts sont éternels et immuables ; que les solutions juridiques découlent logiquement et donc déductivement des concepts juridiques ; que l'on peut (et doit) analyser les concepts juridiques indépendamment et donc sans tenir compte des finalités institutionnelles que ces concepts visent.

Mais ce conceptualisme a par la suite été dénoncé comme un « formalisme ».

On a déjà dit que Roscoe Pound a établi sa réputation en dénonçant la *« mechanical jurisprudence*[34] *»*. Chez Cardozo, le formalisme est associé à la fois à l'idée que le droit serait un système de règles déduites les unes des autres[35] et, comme chez Llewellyn, en une confiance excessive dans la forme canonique du langage juridique[36]. Chez Hart, le formalisme consiste en un refus de

---

[32] Une question demeure : ce formalisme si souvent dénoncé a-t-il jamais existé ? Plusieurs historiens et théoriciens du droit ont cherché à montrer que le récit selon lequel le formalisme de Langdell dénoncé par Holmes, puis la *« sociological jurisprudence »*, le Réalisme américain et les *Critical Legal Studies* était sinon une illusion du moins un bouc émissaire un peu facile.

[33] Gordley, 2013, p. 274-277.

[34] Pound, 1908. On doit à la vérité de reconnaître qu'il emploie peu le terme de formalisme. Mais la grande majorité des commentateurs voient son article comme le point de départ de la bataille contre le formalisme, qui avait commencé avant, bien évidemment… Ainsi est-il souvent dit que Gray fut le pionnier du réalisme par sa critique du formalisme de Langdell : v. Summers, 1992 qui le qualifie de *« pragmatic instrumentalist and realist »*. L'affirmation est discutée car les travaux doctrinaux de Gray laissent apparaître des opinions et conceptions formalistes plus classiques : v. Twining, 1973 et Siegel, 2001.

[35] Cardozo, 1921, 100.

[36] Dans *The Nature of Judicial Process*, Cardozo reprenait la formule employée dans son opinion prononcée dans l'affaire *Wood v. Duff-Gordon* (222 N.Y. 88, 118 N.E. 214) à propos d'une promesse non explicitement formulée : *« The law has outgrown its primitive stage of formalism when the precise word was the sovereign talisman, and every slip was fatal »* ; v. aussi Llewellyn, 1962, 183-188.

reconnaître la nécessité d'un choix de la part de l'interprète[37] ; Richard Posner utilise stipulativement le terme pour désigner l'usage de la logique déductive dans la dérivation d'une solution des faits de l'espèce à partir de prémisses acceptées comme fondées[38] ; pour Frederick Schauer, le formalisme se définit comme la pratique consistant à privilégier le sens littéral des termes d'un texte[39] ; pour Edward Rubin, le formalisme est associé à l'idée qu'il existe des normes objectives[40] ; et Brian Leiter l'identifie à deux thèses principales : a) le droit est « rationnellement » déterminé, c'est-à-dire que la classe des raisons juridiques légitimes susceptibles de fournir au juge une motivation pour sa décision permet, soit dans tous les cas soit dans un grand nombre de cas, de justifier une et seulement une solution et b) le raisonnement judiciaire est autonome des autres formes de raisonnement, *i.e.*, que le juge peut parvenir à la décision sans avoir recours à des considérations normatives non juridiques tirées de la morale ou de la philosophie politique[41].

Il n'en demeure pas moins que, même dénoncées, ces thèses qui ont tout d'une idéologie plus que d'une théorie descriptive, sont évidemment nécessaires aux interprètes juridiques pour les apparences d'impartialité et de neutralité que les formes permettent de préserver. Libres de manipuler les catégories juridiques en fonction des faits qui leur sont présentés, libres également de réinterpréter les situations de faits afin de pouvoir les saisir au travers des catégories du droit positif, les juges n'ont pas d'autre choix que de raisonner à l'aide des formes que le droit leur impose s'ils souhaitent maintenir l'illusion que les règles déterminent leurs actions et leurs décisions — quitte, au besoin, à faire évoluer ces formes ou à en créer de nouvelles tout en affirmant qu'elles s'imposent à eux.

Les techniques d'interprétation, ou ce que l'on appelle de ce nom, sont la preuve de la grande créativité dont les juges sont capables. Mais nul ne pourrait contester qu'elles prétendent toutes s'appuyer sur des écrits tangibles,

---

[37] Hart, 1994, 128 : *« If the world in which we live were characterized only by a finite number of features, […] [W]e could make rules, the application of which to particular cases never called for a further choice. […] This would be a world fit for "mechanical" jurisprudence. Plainly this world is not our world. »*

[38] Posner, 1986, p. 181.

[39] Schauer, 2008, p. 431.

[40] Rubin, 1988, p. 1855.

[41] B. Leiter distingue aussi les « formalistes sophistiqués » ou encore les cryptoformalistes qui soutiennent les thèses a) et b mais ne concluent pas que le raisonnement juridique est déductif et mécanique.

des précédents avérés, du passé vérifiable plutôt que sur des considérations tirées de la seule évolution de la demande sociale. Et c'est pourquoi il n'est pas concevable d'envisager de forger un « argument sociologique » autonome et distinct de tout argument « spécifiquement juridique ». Cela explique aussi que la « sociologie », invoquée à tout bout de champ par les juristes anti-formalistes, n'ait eu que peu de rapports avec celle que pratiquaient déjà les sociologues à l'époque et encore moins avec celle qu'ils pratiquent aujourd'hui[42].

Bibliographie

R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation : Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1983.

M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.

M. Atienza, *Derecho y Argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

B. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Yale U.P., 1921.

M. R. Cohen, « The Process of Judicial Legislation », *American Law Review*, 1914, vol. 48, p. 161-198.

P. Costa, « L'interpretazione della legge : François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento », *Quaderni Fiorentini*, 1991, vol. XX, François Gény e la scienza giuridica del Novecento, p. 367-496.

L. M. Elison, « Kohler's Philosophy of Law », *Journal of Public Law*, 1961, vol. 10, p. 409-425.

E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903)*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903.

Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenchaft*, 1906, rééd. Baden-Baden, Nomos, 2002.

[42] Un des premiers critiques de la « sociological jurisprudence », le comparatiste Pierre Lepaulle, notait avec pertinence dès le début des années 20 : « while it is undoubtedly a school of jurisprudence, it is hardly a school of sociology », v. Lepaulle, 1922, p. 839.

B. Frydman, « Le projet scientifique de François Gény », *in* C. Thomasset (dir.), *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Montréal, Paris, Bruxelles, Blais, Dalloz, Bruylant, 2000, p. 213-231.

J. A. Gardner, « The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound (Part I) », *Villanova Law Review*, 1961, vol. 7, n° 1, p. 1-26.

G. Geis, « Sociology and Sociological Jurisprudence : Admixture of Lore and Law », *Kentucky Law Journal*, 1964, vol. 52, n° 2, p. 267-293.

J. G. Gmelin, *Quousque ? Beiträge zur soziologischen Rechtsfindung*, Hannover, Helwing, 1910 rééd. Hamburg Severus Verl. 2011.

J. G. Gmelin, « Dialecticism and technicality : the need of sociological method », in *Science of the Legal Method : Select Essays by Various Authors*, traduit par Ernest Bruncken, Boston, The Boston Book Company, 1917, p. 86-146.

J. Gordley, *The Jurists*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd éd., Oxford, Clarendon Press, 1994.

M. H. Hoeflich, « Law and Geometry : Legal Science from Leibniz to Langdell », *American Journal of Legal History*, 1986, vol. 30, p. 95-120.

H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen, Mohr, 1911.

H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fçse C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

D. Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », *Syracuse Law Review*, 1991, vol. 42, n° 1, p. 75-116.

J. Kohler, « Judicial Interpretation of Enacted Law », in *Science of the Legal Method : Select Essays by Various Authors*, traduit par Ernest Bruncken, Boston, The Boston Book Company, 1917, p. 187-201.

B. Leiter, « Legal Formalism and Legal Realism : What is the Issue? », *Legal Theory*, 2010, vol. 16, n° 2, p. 111-133.

K. N. Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962.

P. Lepaulle, « The Function of Comparative Law with a Critique of Sociological Jurisprudence », *Harvard Law Review*, vol. 35, 1922, p. 838-858.

J. L. De Los Mozos, « Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény », *Quaderni Fiorentini*, 1991, vol. XX, François Gény e la scienza giuridica del Novecento, p. 119-149.

M. Meccarelli, « Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento », *Quaderni Fiorentini*, 2011, XL, Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, p. 721-745.

R. Pound, « La place et la finalité de la théorie du droit sociologique (1911) », trad. fçse F. Michaut, *Clio@Themis*, 2012 (en ligne).

R. Pound, « Judge Holmes's Contributions to the Science of Law », *Harvard Law Review*, 1921, vol. 34, n° 5, p. 449-453.

R. Pound, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. Part 2. », *Harvard Law Review*, 1911, vol. 25, n° 2, p. 140-168.

R. Pound, « Enforcement of Law », *Green Bag*, 1908, vol. 20, p. 401-410.

R. Pound, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, n° 8, p. 605-623.

R. Pound, « Spurious Interpretation », *Columbia Law Review*, 1907, vol. 7, n° 6, p. 379-386.

R. Pound, « The Need of a Sociological Jurisprudence », *Green Bag*, 1907, vol. 19, p. 607-615.

R. Pound, « Do We Need a Philosophy of Law? », *Columbia Law Review*, 1905, vol. 5, n° 5, p. 339-353.

E. L. Rubin, « The Practice and Discourse of Legal Scholarship », *Michigan Law Review*, 1988, vol. 86, n° 8, p. 1835-1905.

H. Schweber, « The Science of Legal Science : The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education », *Law & Hist. Rev.*, 1999, vol. 17, p. 421-466.

S. A. Siegel, « John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought », *Iowa Law Review*, vol. 86, 2001, p. 1513-1599.

J. W. Singer, « Legal Realism Now. Legal Realism At Yale : 1927-1960, By Laura Kalman », *California Law Review*, 1988, vol. 76, p. 465-544.

R. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell UP, 1992.

J. A. Trevino, « The Influence of Sociology on American Jurisprudence : from Oliver Wendell Holmes to Critical Legal Studies », *Mid-American Review of Sociology*, 1994, vol. 18, n° 1/2, p. 23-46.

W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Cambridge, Cambridge UP, 1973.