



HAL
open science

Irrationalisme et anti-formalisme: sur quelques critiques du syllogisme normatif

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Irrationalisme et anti-formalisme: sur quelques critiques du syllogisme normatif. Droits : Revue française de théorie juridique, 2004, 39, pp.197-217. halshs-00009767

HAL Id: halshs-00009767

<https://shs.hal.science/halshs-00009767>

Submitted on 24 Mar 2006

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.

IRRATIONALISME ET ANTI-FORMALISME :

SUR QUELQUES CRITIQUES DU SYLLOGISME NORMATIF

paru dans Droits, n°39, 2004 (p. 197-217)

En 1941, dans un article qui demeure à bien des égards fort actuel, Alf Ross s'exprimait ainsi : « Selon une conception courante – également répandue chez les juristes – l'application du droit est considérée comme un syllogisme pratique du type de la subsumption, dans lequel le droit fournit la norme générale (l'impératif), la requête réelle la prémisse indicative mineure, alors que le jugement, comme conclusion, est la norme particulière. Par exemple, le droit dispose que le propriétaire d'un bois est soumis à l'impôt. Selon une information disponible, cette personne est propriétaire d'un bois. En conséquence, elle doit payer l'impôt. »¹ On sait que la vertu reconnue au syllogisme théorique d'Aristote est d'établir une conclusion nécessairement vraie car elle est déjà contenue dans les prémisses. On mesure aussitôt l'importance politique qu'il y a à présenter le raisonnement des juges comme syllogistique : la conclusion à laquelle ils parviennent n'est pas le fait d'une création volontaire et subjective mais le fruit d'une connaissance rationnelle et objective. Au syllogisme théorique bien connu (« Tous les hommes sont mortels » ; « Socrate est un homme » ; donc « Socrate est mortel ») devrait donc s'ajouter le syllogisme pratique ou normatif dont la forme est : « Tous les voleurs doivent être punis » ; or « Socrate est un voleur » donc « Socrate doit être puni ». Cette conception incombe, on le sait, aux théoriciens du droit naturel moderne lesquels, en dépit des nombreuses divergences qui les séparaient, tendaient à peu près tous à réduire l'acte de juger au syllogisme et le juge à la bouche de la loi. On retrouve dans cette conception les traces du modèle déductif auquel se trouvèrent soumises toutes les disciplines de l'esprit à partir du XVII^e siècle. Selon ce modèle, la norme à appliquer s'impose d'elle-même à l'organe chargé de l'appliquer et la justification de la norme individuelle est tout entière contenue dans la norme générale, ce que précisément le syllogisme vise à traduire. On voit ici à l'œuvre le modèle mis en avant par Montesquieu et maintenu par la Révolution : les juges sont la bouche de la loi parce que tout est contenu dans la loi ; ils n'ont donc pas à s'exprimer eux-mêmes. C'est au maintien d'une telle conception des juges qu'a œuvré l'École de l'Exégèse au XIX^e s.

Cette conception rationaliste et déductive a, par la suite, fait l'objet d'une sévère critique de la part de l'École Historique du Droit de Savigny, puis des courants sociologiques et, là encore, en dépit de fortes divergences, tous se retrouvaient pour contester le modèle déductif et lui en substituer un autre, inductif cette fois. Selon ce modèle, la norme générale posée par le législateur est appréhendée comme un fait ou une manifestation de volonté exprimant la « vraie » norme, la *ratio* même du Droit. Dans ces conditions, le cas particulier qui doit être décidé par le juge découle non de la norme législative formelle mais de la « vraie » norme substantielle dont la loi n'est qu'une manifestation. Le droit découle, en d'autres termes, de la nature des choses. Tout n'est donc pas contenu dans la norme générale, contrairement au

¹ A. Ross, « Imperatives and Logic », *Theoria*, 1941, vol. VII-VIII, p. 53-71 ici p. 70, trad. fçse E. Millard et E. Matzner dans A. Ross, *Introduction à l'Empirisme juridique*, Textes réunis par E. Millard, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2003.

modèle déductif, et le juge finit par se voir accorder un pouvoir que le modèle déductif lui refusait. De là se sont développées les thèses de la « libre recherche du droit »².

Pour autant, le modèle inductif n'a pas triomphé de son prédécesseur. Rares sont ceux qui soutiennent encore aujourd'hui, du moins ouvertement, que la loi écrite n'est que la manifestation d'une norme dont la véritable origine et le réel fondement résident dans la nature des choses. En outre, on a pu faire remarquer que ce modèle inductif repose sur une erreur logique³. En effet, un raisonnement inductif n'est valide que si la loi de laquelle on remonte aux faits qui ont permis de l'établir est elle-même empiriquement vérifiable. La loi dont il est question ici est entendue au sens scientifique, et non au sens juridique, comme la description d'un état de fait et non comme la prescription d'un comportement, un jugement de fait et non un jugement de valeur. Or, la décision par laquelle le juge tranche un litige consiste bel et bien en la prescription d'un certain comportement et non en la description d'une régularité : de cette décision, il est donc logiquement impossible de prétendre remonter inductivement à une loi. Si le modèle inductif n'a pas triomphé du modèle déductif, quelque chose demeure de la critique du second par le premier. En effet, nul ne saurait raisonnablement contester que les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire tel qu'ils se trouvent parfois en mesure de forcer un peu le sens littéral de la loi ou d'en détourner l'esprit en vue de lui faire produire une conséquence à laquelle il semble évident que le législateur n'avait pas pensé ou que lui-même avait pris soin d'exclure. En outre, sous l'effet du normativisme, on a cessé de confondre le droit avec la loi, et dès lors, il n'a plus semblé possible de le définir comme un ensemble de règles contraignantes que les juges devraient appliquer en se conformant au raisonnement syllogistique érigé en modèle à partir du XVII^e s.

Ainsi, le syllogisme normatif a-t-il essuyé de vives critiques. De la part des juristes positivistes modernes d'abord qui, soucieux de montrer que le droit est le produit de la volonté, ont contesté la possibilité même d'une applicabilité de la logique au droit⁴. De la part des juristes critiques du positivisme ensuite, lesquels, sans toujours se réclamer ouvertement du droit naturel, ont cherché à montrer que le droit obéit à une logique spécifique, une logique argumentative – d'où la qualification d'anti-formalisme retenue pour désigner ce courant de pensée. Encore convient-il de remarquer que ces deux critiques du syllogisme procèdent au

² On pense évidemment à Hermann U. Kantorowicz, v. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), réimp. Nomos, Baden-Baden, 2002 et *The Definition of Law* (1939), éd. par A. H. Campbell et A. L. Goodhart, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1958.

³ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo*, Milan, Comunità, 1972 ; L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione*, Sienne, p. 35-56.

⁴ On pense notamment aux réalistes scandinaves et notamment à Alf Ross ainsi qu'à Kelsen après 1965, après qu'il eut reconnu le caractère fictif de la norme fondamentale. Ces théoriciens furent très influencés par les travaux de logiciens tels que, entre autres, W. Dubislav, « Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze » [De l'impossibilité de fonder des propositions d'exigence], *Theoria*, 1937, vol. III, p. 330-342 et J. Jørgensen, « Imperatives and Logic » [Les impératifs et la logique], *Erkenntnis*, 1937-1938, VII, pp. 288 ; K. Grelling, *Zur Logik der Sollsätze* [Sur la logique des propositions déontiques], *Unity of Science Forum*, 1939, pp. 41 et s. ; K. Grue-Sørensen, *Imperativsätze und Logik* [Propositions impératives et logique], *Theoria*, 1939, pp. 195-202 ; Hofstadter & McKinsey, *On the Logic of Imperatives* [Sur la logique des impératifs], *Philosophy of Science*, 1939, pp. 446 et s. ; R. Rand, *Logik der Forderungssätze* [Logique des propositions d'exigence], *Revue internationale de la théorie du droit*, 1939, pp. 308 et s. ainsi que G. von Wright, *Norms and Action*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963. Ces textes ont ensuite suscité une abondante littérature chez les théoriciens du droit et en particulier chez A. Ross, « Imperatives and Logic », *art. cit.*, et H. Kelsen, *Théorie générale des normes* (1979), trad. fçse O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996, p. 275 s. Mais la réflexion de ce dernier sur ce point et les modifications de ses vues remontent à l'article de 1965, « Recht und Logik » [in *Forum*, 142 et 143, 1965, p. 421-425 et p. 495-500, repris in H. Klecatsky et alii (dir.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vienne, Europa Verlag, 1968, p. 1469-1497, trad. angl. P. Heath in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, éd. par O. Weinberger, Dordrecht, Reidel, 1973, p. 228-253].

fond de la même idée : le syllogisme judiciaire reposerait sur l'illusion que le droit obéit à la logique classique car, pour les premiers, le syllogisme n'est pas un mode de raisonnement du tout ; pour les seconds, le syllogisme n'est qu'un mode de raisonnement parmi d'autres. Bien évidemment, l'idéal serait de pouvoir vérifier empiriquement la validité de ces théories du raisonnement juridique. On pourrait envisager pour ce faire de se reporter aux décisions jurisprudentielles. Une telle démarche s'avérerait cependant redondante puisque les théories dont nous parlons prétendent elles-mêmes décrire ces décisions. On risquerait alors de ne retrouver que ce que la théorie nous dit. Une autre solution consisterait à interroger les juges afin de savoir si eux-mêmes se reconnaissent dans une telle description de leur activité. Cela étant, quelles que puissent être leurs réponses – positives ou négatives – et quand bien même ces réponses seraient toutes positives ou toutes négatives, on ne serait pas plus avancé dans la mesure où une théorie du raisonnement juridique n'entend pas décrire le sentiment des juges mais ce qu'ils font réellement. Dans ces conditions, il reste à se demander si ces théories que l'on nous présente aujourd'hui sont aussi cohérentes et opératoires qu'elles le prétendent et si elles atteignent l'objectif qu'elles s'assignent, à savoir, décrire le mode de raisonnement effectivement suivi par les juges.

1. CRITIQUE IRRATIONALISTE : LE SYLLOGISME N'EST RIEN PARCE QUE LE DROIT EST LE PRODUIT D'UNE VOLONTÉ

Selon cette thèse, la logique est inapplicable au droit parce que l'on ne peut inférer la validité d'une norme d'une autre norme. Cette thèse présuppose une certaine conception des normes, selon laquelle une norme est le résultat, le produit ou encore la signification d'un acte de volonté – conception que l'on a appelé « expressive » des normes. Cette thèse a suscité de vives critiques dont notamment celle de laisser place à un « irrationalisme des normes » et l'on a tenté de montrer que le droit obéissait bien à la logique (reconstructions rationnelles syllogistique). Or, on peut démontrer que cette conception n'a rien d'irrationaliste : la logique à laquelle obéit le droit n'est tout simplement pas celle des logiciens.

1.1. La conception expressive des normes

On a qualifié cette conception d'« expressive » parce qu'elle repose sur l'idée qu'il ne peut y avoir de norme sans un acte qui la pose, ou encore qu'une norme est « la signification d'un acte de volonté »⁵. Cette conception revient à considérer qu'un même énoncé n'est pas en soi normatif mais que sa « normativité » lui est conférée par l'interprétation que l'on en fait et donc la signification qu'on lui attribue. Ainsi, ce qui permet de caractériser un énoncé comme étant une norme dépend du contexte pragmatique dans lequel se trouvent les locuteurs, en sorte qu'un même énoncé peut faire l'objet d'interprétations très différentes : il peut, selon l'acte de langage qui est accompli, exprimer une norme ou une proposition descriptive d'une

⁵ Le plus illustre représentant d'une telle conception paraît bien être le dernier Kelsen, celui de la *Théorie générale des normes* (v. Chap. I, §3). Cette conception s'oppose à celle dénommée « hylétique » selon laquelle le caractère normatif d'un énoncé dépend de sa signification propre, en sorte que les normes sont des entités idéales appartenant à un monde spécifique, le monde du devoir-être. Sur cette distinction, v. C. E. Alchourrón et E. Bulygin, « The Expressive Conception of Norms », in R. Hilpinen (dir.), *New Essays in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-Londres, Reidel, 1984, p. 95-124, trad. esp. E. Bulygin, « La concepción expresiva de las normas », in C. E. Alchourrón et E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 121-153 ; E. Bulygin, « Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms », *Law and Philosophy*, 4, 1985, p. 145-163 ; sur la conception hylétique, v. O. Weinberger, « La norme comme pensée et réalité », in N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, trad. franç. O. Nerhot et Ph. Coppens, Paris-Bruxelles, LGDJ-Story Scientia, p. 35 s.

action ou d'un comportement. Pour le dire autrement, un même énoncé exprime, selon l'usage qui en est fait, soit une proposition prescriptive – c'est-à-dire une norme – soit une proposition descriptive (descriptive d'une norme, le cas échéant)⁶.

Dans ces conditions, la distinction – essentielle – entre les propositions descriptives ou prescriptives n'est pas comprise comme une distinction ontologique mais comme une distinction fonctionnelle⁷. Selon la première, la distinction correspondrait en dernière analyse à une scission de la réalité en deux mondes séparés : celui de l'être et celui du devoir-être et de cette distinction ontologique découlerait les deux grandes catégories sémantiques, celle des énoncés descriptifs et celle des énoncés normatifs. Au contraire, dire que la distinction entre le descriptif et le prescriptif est « fonctionnelle » revient à considérer que cette distinction ne porte que sur deux niveaux de langage : dans le premier cas, on décrit un état de fait ; dans le second, on prescrit un certain comportement. Cela ne signifie pas que l'on renonce à toute ontologie mais que cette ontologie est moniste et non plus dualiste ; la distinction reste purement et simplement linguistique et ne reflète pas une essence des choses. Indépendamment de la question du fondement ontologique que l'on reconnaît à cette distinction, cette dernière conduit à séparer non pas deux mondes (celui faits et celui des valeurs) mais deux types de discours, celui portant sur des faits et celui portant sur des valeurs. Cette distinction entraîne deux conséquences importantes. D'une part, la différence entre les propositions descriptives et celles prescriptives réside dans le fait que les premières sont toujours susceptibles d'être vraies ou fausses tandis que les secondes ne le sont jamais. Tout au plus peut-on dire d'une proposition prescriptive qu'elle est juste ou injuste, justifiée ou injustifiée, bonne ou mauvaise, valide ou invalide. Mais cela n'a pas de sens de dire d'une norme ou d'un jugement de valeur qu'ils sont vrais ou faux. Pourquoi ? Tout simplement parce que cette norme ou ce jugement de valeur ne portent pas sur une réalité préexistante mais sur une réalité que l'on souhaite voire advenir. Pour le dire autrement, les normes ou les jugements de valeur ne décrivent aucun fait extérieur aux individus mais sont l'expression de leurs émotions⁸. D'autre part, entre les descriptions et les prescriptions, existe un saut logique, une « grande division »⁹ qui interdit que l'on passe des unes aux autres et que l'on dérive une conclusion normative d'une prémisse descriptive (et inversement). On appelle aussi cette « grande division » la « loi de Hume » car c'est lui qui a su mettre en évidence ce sophisme

⁶ Est donc exclu le concept de « proposition normative » (*Sollsätze*) au sens des « propositions de droit » (*Rechtsätze*) dont Kelsen disait qu'elles relevaient de la science du droit, c'est-à-dire, des propositions descriptives de normes mais qu'il qualifiait malgré tout de « normatives » parce qu'elles employaient un « *Sollen* descriptif », v. *Théorie pure du droit*, (1960), trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 81 s.

⁷ U. Scarpelli, *L'Etica senza verità*, il Mulino, 1982, p. 94 s.

⁸ Une telle affirmation demeure certes contestable aux yeux de ceux pour qui les valeurs peuvent être objet de connaissance et les jugements de valeurs susceptibles d'être vrais ou faux. On retrouve là un des plus anciens débats de la philosophie morale, qui oppose les cognitivistes (ou objectivistes) – qui pensent pouvoir connaître les valeurs et démontrer la vérité des jugements de valeur – et les anti-cognitivistes (ou émotivistes), qui refusent d'adhérer à une telle idée et pour lesquels les jugements de valeur ne sont que l'expression des émotions humaines.

⁹ U. Scarpelli, *ibid.*, p. 115 s. Sur le caractère irréductible de deux niveaux, v. G. H. von Wright, « Is and Ought », in E. Bulygin *et alii* (dir.), *Man, Law and modern forms of life*, Amsterdam, D. Reidel Publ. Comp., 1985, p. 263-281, ici p. 268 : « “Can prescriptions follow logically from descriptions?” We can supplement this with the converse question : Can descriptions follow logically from prescriptions? And we can add a third question : can prescriptions follow from other prescriptions? I think that the answer to all three questions is a firm “No”. The reason is simple : logical consequence is a truth-preserving relationship. If from *A* follow logically *B* then either *A* is false or *A* and *B* are both true. Since prescriptions are neither true or false they can figure neither as premisses nor as conclusions in logically valid inferences. It is a consequence of this that no combination (conjunction) of descriptions and prescriptions can perform in these roles either. »

naturaliste au terme duquel, de ce qu'une chose *est* on croit pouvoir dériver qu'elle *doit être*¹⁰ – ce qui, pour le dire autrement, revient à prendre ses désirs pour la réalité.

Il reste à comprendre pourquoi une telle conception devrait conduire soutenir que la logique n'est pas applicable au droit.

1.2. La logique n'est pas applicable au droit

Dès lors que les normes ne sont que la signification d'actes de volonté et non des entités idéales purement conceptuelles, elles ne doivent leur existence qu'à ces mêmes actes de volonté. Et si leur existence est déterminée par ces actes, il apparaît impossible de déduire les normes les unes des autres comme on pourrait déduire une proposition d'une autre proposition. Par conséquent, non seulement la logique n'est pas applicable au droit mais une logique qui s'occuperait proprement des normes, une logique en un mot déontique, n'est même pas concevable.

Le juriste qui a le plus longuement défendu cette thèse est évidemment Hans Kelsen dans son ouvrage posthume entièrement consacré à la question des relations entre logique et droit. La thèse que Kelsen y défend est connue – on ne peut inférer la validité d'une norme individuelle de la validité d'une norme générale – et l'argument principal assez simple : Kelsen explique que, pour que l'on puisse parler d'un syllogisme normatif, il faudrait que la validité de la norme individuelle soit implicite dans celle de la norme générale : or, la norme générale est conditionnée (hypothétique) tandis que la norme individuelle est catégorique, donc la norme individuelle n'est jamais implicitement contenue dans celle générale. Ce faisant, Kelsen rejette définitivement l'analogie du syllogisme normatif avec le syllogisme théorique car cette dernière reviendrait à établir une analogie entre vérité et validité. Une telle analogie serait erronée car la validité d'une norme n'est pas une propriété de la norme, elle est son existence même¹¹. Or, conclut Kelsen : « de même que l'existence d'un fait ne peut découler logiquement de l'existence d'un autre fait (...), de même l'existence d'une norme, qui est sa validité, ne peut pas découler logiquement de l'existence d'une autre norme, qui est la validité d'une autre norme ». D'où la fameuse conclusion : « pas d'impératif sans *imperator*, pas de normes sans autorité qui pose les normes, c'est-à-dire pas de norme sans acte de volonté, dont elle est la signification »¹². Cette formule entend souligner que c'est la compétence de celui qui produit la norme qui détermine la validité de la norme elle-même. On retrouve ainsi très

¹⁰ D. Hume, *Traité de la nature humaine, III, La morale*, (1740), trad. fçse Ph. Saltel, Paris, GF-Flammarion, 1993, I, 1, p. 65 : « Dans chacun des systèmes de moralité que j'ai jusqu'ici rencontrés, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède pendant un certain temps selon la manière ordinaire de raisonner, établit l'existence d'un Dieu ou fait des observations sur les affaires humaines, quand tout à coup j'ai la surprise de constater qu'au lieu des copules habituelles, *est* ou *n'est pas*, je ne rencontre pas de propositions qui ne soit liée par un *doit* ou un *ne doit pas*. C'est un changement imperceptible, mais il est néanmoins de la plus grande importance. Car, puisque ce *doit* ou ce *ne doit pas* expriment une certaine relation ou affirmation nouvelle, il est nécessaire qu'elle soit soulignée et expliquée, et qu'en même temps soit donnée une raison de ce qui semble tout à fait inconcevable, à savoir, de quelle manière cette relation nouvelle peut être déduite d'autres relations qui en diffèrent du tout au tout. »

¹¹ Ce concept – descriptif – de validité s'oppose à celui – normatif – de « force obligatoire ». On sait que Kelsen soutient parfois la thèse selon laquelle une norme valide est une norme obligatoire. Mais il a progressivement abandonné cette idée, à mesure qu'il s'est rapproché de la conception expressive des normes. Sur ce point, v. C. S. Nino, « Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity », *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 64, 1978 trad. esp. in *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, réimp. 2000, chap. I, auquel répond E. Bulygin, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law » (1987), *Ratio Juris*, 3, 1990, p. 29-45 et M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, chap. III, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit ».

¹² *Théorie générale des normes*, chap. 58 §XI à XIV, p. 315-321. Kelsen emprunte cette formule à Dubislav.

clairement ce qui constitue le cœur de la conception expressive des normes : une norme est valide parce qu'elle a été posée conformément à une autre norme et non parce que son contenu découle logiquement d'une autre norme. Ainsi, parce que l'« on ne peut pas vouloir ce dont on ne sait rien », l'autorité qui a posé la norme générale n'a pas pu vouloir que tel cas particulier se produise donc l'acte de volonté qui produit la norme individuelle n'est pas implicite dans l'acte de volonté qui a posé la norme générale. D'où une conclusion de Kelsen qui rejoignait alors celle posée par d'autres théoriciens bien longtemps avant lui : les inférences logiques entre normes ne sont jamais valides, ni logiquement ni juridiquement¹³. On peut illustrer cette affirmation à l'aide de l'exemple suivant : soit la norme générale « tous les propriétaires d'un bois doivent payer une taxe Z », on ne peut subsumer aucune norme individuelle du type « X doit payer la taxe Z » en se fondant sur la prémisse mineure selon laquelle « X est propriétaire d'un bois » car cette seconde prémisse est une décision qui, en tant que telle, ne peut pas être logiquement inférée de la norme générale.

On mesure combien, dès lors, une logique des normes est illusoire : si la normativité consiste dans un certain usage du langage et si cette usage dépend de la compétence du locuteur, il n'y a pas de relation logique entre les normes et s'il n'y a pas de relation logique entre elles, on peut même difficilement parler de « système de normes »¹⁴. D'où une conclusion fortement imprégnée d'« irrationalisme »¹⁵, selon laquelle la validité juridique est une question de pouvoir et non de logique : la logique ne s'appliquant pas au droit, les raisonnements juridiques ne sont susceptibles d'aucun contrôle, et nous sommes donc gouvernés par l'arbitraire.

1.3. Critique de la thèse de l'inapplicabilité de la logique

À cette démonstration, on a opposé une objection sérieuse : celle de confondre le droit et la logique, tout simplement. En effet, dans son dernier ouvrage Kelsen ne semble pas distinguer deux questions : l'une, qui est de savoir si la validité d'une norme individuelle découle de la validité de la norme générale ; l'autre, de savoir si l'on peut procéder à une inférence déductive valide d'une norme générale à une norme particulière ? La première est juridique, la seconde purement logique. Or, a-t-on objecté, l'inférence de la validité – c'est-à-dire l'inférence de la validité *juridique* conformément aux règles du système juridique – ne doit pas être confondue avec la validité de l'inférence – c'est-à-dire la conformité d'une inférence normative à des règles logiques¹⁶. De là une conclusion simple : Kelsen aurait jeté le bébé avec l'eau du bain, il ne se serait pas rendu compte que, si la validité juridique de la norme individuelle ne peut pas nécessairement être inférée de la norme générale, l'inférence normative demeure valide. De ce point de vue, la logique s'applique autant aux inférences portant sur des propositions normatives qu'à celles portant sur des propositions descriptives. Ainsi, la logique peut aisément montrer qu'il existe une incompatibilité logique entre deux propositions normatives au sein d'un même ordre normatif.

¹³ On pense à Alf Ross, « Imperatives and Logic », *art. cit.*

¹⁴ E. Bulygin, « Norms and Logic : Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms », *art. cit.*, p. 152.

¹⁵ O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1981 ; O. Weinberger, « Logic and the Pure Theory of Law », in R. Tur et R. Twining (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, p. 187-199 et « Théorie analytico-dialectique de la justice », in N. MacCormick et O. Weinberger, *op. cit.*, p. 165. Ce dernier parle « d'irrationalisme des normes » mais se défend de toute connotation péjorative.

¹⁶ L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 22, 56 et 80 s.

De même, la logique peut permettre de contrôler la validité logique d'une inférence normative : ainsi, on a pu faire remarquer que la décision d'un juge peut toujours être justifiée logiquement. Encore faut-il avoir levé l'ambiguïté que le terme « décision » recèle car le mot peut servir à désigner aussi bien un acte que le contenu de cet acte. Pris au sens d'acte, une décision ne peut jamais être logiquement déduite d'une autre : un acte est un fait or, la logique ne gouverne que les discours et pas les faits. En revanche, cet acte par lequel on pose une norme individuelle n'est justifiable que si son contenu, à savoir la norme individuelle, est logiquement déductible de la norme générale et des faits de l'espèce, de sorte que la justification des décisions judiciaires est essentiellement un problème de logique. La justification est donc bien une opération logique qui a une nature essentiellement déductive, qui peut être reconstruite comme une inférence logique dans laquelle, étant données certaines prémisses, on parvient à la conclusion selon laquelle certaines conséquences juridiques sont applicables au cas spécifique¹⁷.

Il reste, pourrait-on ajouter, que la logique ne sauve pas de tout : elle ne peut à elle seule empêcher les individus de se contredire ni éviter que les systèmes juridiques comportent des règles contradictoires ou incompatibles.

Cette objection en rencontre elle-même une autre.

1.4. Critique de la critique

La critique précédemment exposée confond elle-même deux sens de « validité », l'un logique, l'autre juridique¹⁸. La validité logique est la conformité de l'inférence aux lois de la logique, tandis que la validité juridique dépend non pas de la logique mais des normes du système juridique. Une fois ces deux sens distingués, on mesure qu'il importe juridiquement fort peu de savoir si, au regard de la logique, une inférence entre normes est possible car, en droit, ce qui l'emporte est bel et bien de savoir si telle norme a été produite conformément aux autres normes. Autrement dit, le droit n'est pas plus soumis à la logique qu'à la morale.

On peut illustrer ce point à l'aide d'un exemple. Soit la norme valide « tous les voleurs doivent être punis ». Sous cette norme, on pourrait logiquement subsumer la prémisse mineure « X est un voleur » et déduire logiquement la conclusion « X doit être puni ». Si cette inférence est peut-être valide d'un point de vue logique – ou qu'elle le soit effectivement, peu importe –, elle ne l'est pas nécessairement d'un point de vue juridique car, juridiquement, ce qui importe n'est pas la conformité de contenu mais bien celle de forme. La raison en est que les systèmes juridiques ne sont pas des systèmes purement statiques dans lesquels les propositions sont déduites les unes des autres, mais des systèmes dans lesquels prévaut un principe dynamique au terme duquel les normes sont produites les unes par rapport aux autres¹⁹. En d'autres termes, dans un système dynamique, la norme « X doit être puni » prononcée non par un juge mais par un citoyen ordinaire dépourvu du pouvoir de prononcer des sanctions serait peut-être valide au plan logique mais ne le serait plus au plan juridique. Dans ces conditions, dire que cette norme individuelle est justifiable si elle découle logiquement des prémisses, et qu'elle est effectivement justifiée dès lors qu'elle en est la conséquence logique, revient à faire prévaloir la logique sur le droit.

¹⁷ E. Bulygin, « Sull'interpretazione giuridica », trad. ital. R. Guastini, in *Norme, validità, sistemi normativi*, trad. ital. P. Comanducci et R. Guastini, Turin, Giappichelli, 1995, p. 260.

¹⁸ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, chap. III et P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Turin, Giappichelli, 1992, p. 70 s.

¹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 314 et N. Bobbio, *Teoria generale del diritto* (1960), Turin, Giappichelli, rééd. 1994, p. 197-198.

On pourrait ajouter qu'à moins d'admettre une conception hylétique des normes – et de faire l'hypothèse qu'il existe ainsi des énoncés ontologiquement normatifs, de telle sorte que les normes pourraient exister indépendamment de leur expression –, la logique ne pourrait de toutes les façons s'appliquer qu'à des propositions, c'est-à-dire à des énoncés dont on connaît ou auxquels on a déjà attribué une signification quelle qu'elle soit, en d'autres termes, qui ont déjà fait l'objet d'une interprétation. Or, c'est à ce stade de l'interprétation (la transformation des énoncés en propositions) que s'opèrent des choix dans la signification d'un énoncé²⁰. À cet égard, il convient de distinguer deux questions : il faut d'abord savoir si un énoncé est utilisé en un sens descriptif ou normatif ; il faut ensuite savoir quelles sont effectivement les propositions ou les normes qu'il exprime. Une telle entreprise n'est rien moins que simple parce que, comme le souligne la conception expressive des normes, les énoncés qui comportent des termes déontiques susceptibles d'exprimer une norme sont doublement ambigus : ils peuvent certes être utilisés pour prescrire des conduites mais aussi pour décrire ces prescriptions²¹. Quoiqu'il en soit, ces choix résultent bel et bien d'actes de volonté, lesquels échappent à la logique.

Doit-on, de là, conclure que les raisonnements juridiques en général et ceux des juges en particulier sont irrationnels, et qu'il serait vain de les reconstruire sous une forme rationnelle puisque les normes ne dépendent en définitive que de leur volonté ? La réponse à cette question semble nous condamner à un dilemme insoluble. Si l'on assigne à la science du droit la tâche d'énoncer les normes qui, parce qu'elles sont logiquement valides, doivent être juridiquement consacrées, on court le risque d'une cruelle déception. Si, au contraire, on retient que la science du droit n'a d'autre fonction que de décrire les normes juridiquement valides, indépendamment de leur validité logique, on court le risque d'une science juridique qui en serait réduite, au mieux, à reproduire des normes positives à l'aide de propositions qui en épouseraient la structure logique mais qui seraient cependant dénuées de leur force juridique ; au pire, à justifier – sous couvert d'énoncés descriptifs – ces mêmes normes (à l'aide d'autres normes tirées d'un quelconque système normatif tel que la morale, par exemple).

Le syllogisme a également fait l'objet d'une critique de la part des juristes dits anti-formalistes, pour qui, le droit obéit à une logique non plus déductive mais « argumentative ».

2. ANTI-FORMALISME : LE SYLLOGISME N'EST PAS TOUT PARCE QUE LE DROIT EST LE PRODUIT DE LA RAISON PRATIQUE ARGUMENTATIVE

Cette théorie s'articule autour de deux thèses principales : d'une part, le droit n'est plus seulement constitué de règles posées par le législateur mais aussi de standards ou principes implicites tant politiques qu'éthiques qu'il appartient aux juges de découvrir ; d'autre part, la découverte de ces principes – et donc la création du droit par les juges – n'est pas arbitraire

²⁰ Il suffit désormais de renvoyer à la théorie de l'interprétation de Michel Troper, v. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, chap. V et XIX et *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chap. V et VI.

²¹ G. H. von Wright, « Is and Ought », *art. cit.*, p. 270 ; E. Bulygin, « Norms, Normative Propositions, and Legal Statements », in G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3, La Haye, Boston, Londres, 1982, p. 127-152 ; trad. esp. E. Bulygin, in C. E. Alchourrón et E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1991, p. 169-193 ; R. Guastini, « Due esercizi di non-cognitivismo », *Analisi e Diritto*, 1999, p. 277-280. Cette revue est désormais disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi>.

mais le produit d'une raison argumentative. Bien sûr, cette thèse est elle-même fort contestable.

2.1. Le droit est un ensemble de règles et de principes

Certains juristes ont cherché à montrer que la pratique juridique, ou pratique judiciaire, ne correspond pas du tout à la vieille représentation positiviste selon laquelle le droit consisterait en un ensemble de règles applicables mécaniquement par les juges à des cas litigieux. Se fondant sur une étude scrupuleuse de la pratique judiciaire, ces juristes parviennent à souligner l'importance des principes éthiques sur lesquels les juges se fondent lorsqu'ils sont chargés d'appliquer le droit. De là la proposition de redéfinir le droit lui-même comme un ensemble de règles et de principes²². Deux types d'arguments en faveur d'une telle définition ont pu être avancés : les uns procèdent d'une critique du positivisme ; les autres, d'une observation de la pratique.

Ronald Dworkin illustre assez bien la première position. Le point de départ de sa théorie de la « bonne réponse » réside dans une critique qui se veut sévère du positivisme juridique et notamment dans la version défendue par Herbert Hart (qui fut l'un des maîtres de Dworkin)²³. La faiblesse de cette conception résiderait dans sa théorie de l'interprétation. Pour le positivisme, tel que le voit Dworkin, le droit est un ensemble cohérent de règles relativement claires mais comportant un part d'indétermination laissant aux organes d'application, au premier plan desquels les juges, une marge de pouvoir discrétionnaire pour résoudre les cas obscurs. Ainsi, lorsqu'ils ont besoin d'interpréter, les juges, selon la théorie positiviste défendue en Angleterre, de Bentham à Hart, se révèlent être des créateurs de droit et non plus, comme le soutenait Blackstone par exemple, des découvreurs du droit en vigueur voire du droit naturel. Or, dans la mesure où le positivisme conçoit le droit comme un ensemble cohérent – ce qui veut dire complet – de règles, il ne peut sans contradiction laisser aux juges la responsabilité de créer de nouvelles règles. Dans ces conditions, de deux choses l'une : ou bien ces règles créées par le juge font partie du droit positif, mais alors, le droit n'est plus un ensemble complet, ou bien elles n'en font pas partie, mais alors elles ne sont pas du droit du tout. La théorie de Dworkin se propose de sortir de cette contradiction : d'une part, en abandonnant le dogme légaliste ou légicentriste propre au positivisme selon lequel tout le droit serait dans la loi ou dans des règles ; d'autre part, en affirmant que le droit comprend aussi des standards ou principes implicites tant politiques qu'éthiques qu'il appartient aux juges de découvrir par l'interprétation.

Procèdent en revanche d'une observation de la pratique les arguments sur lesquels se fondent des juristes comme Esser et Perelman. En effet, avancent-ils lorsque les juges sont conduits à se prononcer sur un litige, leur décision ne résulte pas de la seule observation du droit en vigueur mais d'une recherche consciente d'une solution juste et conforme à la nature du problème. Cela signifie que la conformité au droit positif d'une solution n'est pas univoque :

²² V. not. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Principe général du droit et norme dans la pratique juridictionnelle du droit privé)*, Tübingen, 1956 et 2^e éd. 1964 ainsi que *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francfort, Athenaüm Verlag, 1970 et Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.

²³ R. Dworkin, « No right answer ? », in P. M. S. Hacker and J. Raz, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A.Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977 (58-84) ; « Is There Really No Right Answer in Hard Cases ? », in R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard UP, 1985 (119-145) ; v. aussi *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. fçse Paris, PUF, 1995. Sur ce point, v. G. Marshall, « Positivism, Adjudication and Democracy », in P. M. S. Hacker and J. Raz, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 132-144.

toute solution est le résultat d'une délibération – collective ou individuelle – sur ce qui constitue le caractère juste, raisonnable et acceptable de la solution. En d'autres termes, le juge décide conformément au droit mais sa compréhension du droit positif et la conformité de sa solution par rapport au droit positif sont déterminées par des jugements de valeur préalable sur le sens de ce droit positif. Pour autant, cette conception préalable n'est pas une donnée extra-juridique qu'il faudrait, comme Kelsen, exclure ni le fruit d'une théorie du droit naturel qui subordonnerait le droit positif à un droit idéal. Au contraire, insistent les partisans de cette théorie, le travail du juge le conduit ainsi à instaurer un dialogue entre le monde éthique et le monde juridique car les juges parviennent à intégrer les valeurs qui fondent leur jugements dans le droit positif, de sorte que le droit positif comprend toujours une part de droit naturel²⁴. L'affirmation selon laquelle le droit positif comprendrait une part irréductible de droit naturel ne signifie évidemment pas que ces principes demeurent de droit naturel. Au contraire, les partisans de cette théorie prennent soin de montrer qu'ils finissent par devenir de droit positif dès lors qu'ils ont été « incarnés institutionnellement » par des actes législatifs ou jurisprudentiels²⁵. C'est pourquoi Perelman qualifiait sa théorie de « droit naturel positif »²⁶ – qualification dont il est à peine nécessaire de préciser qu'elle ne pouvait que faire bondir Kelsen²⁷.

Bien évidemment, la question qu'une telle conception ne manque pas de soulever est celle de savoir dans quelle mesure ces principes éthiques qui déterminent l'application de règles juridiques ne sont pas le fruit de jugements de valeur purement subjectifs et propres aux juges. Or, là encore répond-on, la pratique permettrait de répondre.

2.2. La création du droit par le juge n'est pas arbitraire

La seconde idée qui caractérise ce courant théorique anti-formaliste est que l'argumentation juridique est une entreprise de justification et que cette dernière doit contenir de bonnes raisons justificatives, des raisons « convaincantes »²⁸. D'où l'importance accordée à l'étude des motivations des décisions judiciaires. Une telle idée suppose une prise de distance tant à l'égard d'une position irrationaliste, selon laquelle la raison ne nous aide en rien à agir puisque les normes qui guident nos conduites sont le fruit de la volonté et de l'émotion, et une position ultra rationaliste selon laquelle la raison nous permet d'établir un ordre juridique et moral objectif. En effet, la création du droit n'est pas arbitraire et cela pour deux raisons. D'une part, des critères de validité des principes sur lesquels se fondent les juges peuvent être énoncés ; d'autre part, ces derniers sont tenus de motiver leurs décisions et sont donc liés par une exigence de justification.

²⁴ J. Esser, *Grundsatz und Norm*, op. cit., p. 42 et s. et not. p. 59 et *Vorverständnis und Methodenwahl*, op. cit., p. 165.

²⁵ J. Esser, *Grundsatz und Norm*, op. cit., p. 132 et 134.

²⁶ Il empruntait l'expression à Paul Foriers lequel l'employait pour la première fois ds son article : « Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique » (1954) repris in *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, vol. I, p. 75 et « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif » (1963), in *ibid.*, p. 411-428.

²⁷ Sur les relations entre Kelsen et Perelman v. N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. française par M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998, chap. 6, p. 271.

²⁸ V. not. Ch. Perelman, op. cit., Seconde partie, chap. 2 ; N. MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit* (1978), trad fçse J. Gagey, Paris, PUF, 1996 not. chap. II, VII et VIII ; R. Alexy, *Theorie des juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978 et nvlle éd. 1983 ; A. Aarnio, R. Alexy et A. Peczenik, « The Foundation of Legal Reasoning », *Rechtstheorie*, 1981, p. 423-448 ; A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1982, p. 58 s. ; A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable* (1986), trad. fçse, LGDJ-Story-Scientia, 1992.

L'observation de la pratique semble démontrer que les juges s'attachent à consacrer les principes de justice et d'équité en accord avec les idées dominantes et sur lesquels un consensus social existe ; ils correspondent aux préoccupations du milieu social qui doit l'admettre, c'est-à-dire y adhérer car c'est justement dans cette adhésion que réside la validité des principes sur lesquels les juges se fondent²⁹. En outre, le risque de divergence entre les juges quant à ce qui est équitable et ce qui ne l'est pas peut être écarté car cette théorie admet que l'équité est « la nature des choses », le « transformateur des postulats éthico-juridiques » de sorte qu'un principe serait « adapté à la formation de la norme juridique, seulement s'il est susceptible d'une argumentation spécifiquement juridique du point de vue de la justice et de celui de l'équité »³⁰.

On retrouve ces idées dans la théorie de Dworkin qui va jusqu'à fournir les critères de la neutralité ou de la validité des principes implicites découverts par les juges³¹. Ainsi, un principe implicite est valide si le législateur n'a explicitement créé aucune norme incompatible avec ce principe ; s'il est très probable que le législateur aurait lui-même promulgué ce principe s'il avait eu connaissance de la controverse que le principe permet de résoudre ; si ce principe peut être justifiée par la même doctrine éthique et politique qui a présidé à la promulgation des normes explicites ; enfin, si le principe constitue la justification de plusieurs normes explicites du système.

En second lieu, les auteurs anti-formalistes insistent sur l'exigence de justification de leurs décisions par les juges et cherchent à montrer que le raisonnement juridique obéit à certaines techniques de justification utilisées dans le raisonnement moral. Selon eux, la motivation de décisions judiciaires, conduit les juges à faire usage de leur raison pratique. Cela ne signifie pas que leur décision est toujours la « bonne solution » au litige qui leur est soumis comme si elle pouvait être la seule. Cela signifie, en revanche, que leur décision reste dans les limites du raisonnable et donc de l'acceptable : elle n'est pas le fruit d'une volonté arbitraire et donc despotique. Ainsi, par exemple, lorsque les juges sont conduits à choisir entre deux règles applicables à un même litige, ils doivent rechercher – et ils recherchent effectivement – celles qui ont un « sens pour le monde » car ils doivent avoir à l'esprit que « le fait de choisir entre des règles applicables antagonistes dans une espèce donnée, suppose d'opérer un choix entre des modèles antagonistes de comportement humain » dans une société³². Dès lors, des critères de choix s'imposent d'eux-mêmes : les juges doivent appliquer les règles du droit positif conformément au droit positif, certes, mais ils doivent également tenir compte des conséquences sociales et politiques qui découlent de l'adoption et de l'application de l'une ou l'autre des règles antagonistes applicables à un même litige. Cette thèse repose sur une distinction entre le contexte de la découverte et celui de la justification, distinction qui fut élaborée afin de montrer que la thèse irrationaliste radicale reposait sur un sophisme. En effet, de ce qu'une décision judiciaire n'est pas toujours le produit d'une déduction consciente, certains juristes ont cru pouvoir conclure que cette même décision n'est jamais justifiable ni donc justifiée. Or, a-t-on objecté, si certains phénomènes ou faits sont parfois découverts par hasard et de manière irrationnelle, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent faire l'objet

²⁹ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, *op. cit.*, p. 189. V. aussi H-G. Gadamer, « Le problème herméneutique », *Archives de philosophie du droit*, n° 33, 170, p. 133-134 pour qui toute pré-compréhension (*Vorverständnis*) est une adhésion (*Einverständnis*).

³⁰ J. Esser, *Grundsatz und Norm*, *op. cit.*, p. 69 et Ch. Perelman, *op. cit.*, §92.

³¹ V. R. Dworkin, « No right answer ? », *art. cit.* ; *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.* ; *contra* R. Guastini, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit & Société*, 1986, n°2, p. 21 et S. Leader, « Les juges, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin », *ibid*, p. 27.

³² N. MacCormick, *op. cit.*, p. 122.

d'une justification rationnelle³³. Ainsi, Archimède a-t-il pu découvrir en un éclair de génie le principe auquel il a laissé son nom, il n'est fondé à y croire que parce que ce principe peut faire l'objet d'une preuve expérimentale. Les juristes irrationalistes auraient donc omis de distinguer entre deux processus – ou deux contextes – celui de la « découverte » et celui de la « justification ». Appliquée au domaine juridique, cette distinction permettrait de comprendre que, si une décision judiciaire résulte parfois du choix du juge ou du moins d'une relative subjectivité, cette même décision peut néanmoins faire l'objet d'une justification rationnelle, laquelle devient alors l'objet même de l'analyse théorique. En d'autres termes, la question de savoir si et comment une décision est justifiée l'emporte sur celle de savoir par quel processus intellectuel le juge est parvenu à cette décision. Cette thèse permet donc d'écarter l'idée de libre création du droit par les juges parce que les principes et les règles fournissent toujours une direction sinon une orientation permettant de développer une « jurisprudence » au sens fort du terme.

Dans la version que défend Dworkin, cette idée se présente un peu différemment : les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire fort limité car ils sont tenus, selon lui, par les principes qui sont au fondement de l'ordre juridique³⁴. Ainsi doivent-ils tenir compte de la doctrine de la suprématie du législateur, qui prescrit aux tribunaux de respecter les actes des assemblées législatives ; de la doctrine du précédent, selon laquelle la cohérence et productrice de justice et d'efficacité ; mais ils ne peuvent ni modifier ces doctrines ni avoir recours à des principes extra-juridiques sans mettre en danger la cohérence générale de l'ordre juridique. Pour mieux expliquer encore cette dernière thèse, Dworkin raisonne par analogie avec la critique littéraire : les juges qui découvrent des principes sont vus comme des critiques littéraires s'interrogeant sur le caractère intime et profond des héros de romans (la question de savoir si David Copperfield entretenait des relations sexuelles avec Steerforth en est un exemple)³⁵. Les juges ne créent donc pas de principes *ex nihilo* mais les découvrent à force de questionnement, d'interrogations sur l'ordre juridique, interrogations qui prennent en compte, bien évidemment la réalité sociale et politique qui les entoure. Ce n'est pas exactement la découverte d'une nouvelle molécule que l'on ne connaissait pas et que l'on identifie pour la première fois, ni la découverte de l'Amérique par Colomb. Cette découverte correspond plutôt à celle à laquelle procéderaient les philologues ou les théologiens : une découverte herméneutique, une découverte à force d'interprétation, mais une interprétation qui n'a rien à voir avec l'arbitraire parce qu'elle obéit à des règles contraignantes pour les interprètes eux-mêmes, la première de toutes étant, bien sûr, le respect des interprétations antérieures. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ces interprétations peuvent être considérées comme

³³ R. A. Wasserstrom, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford UP, 1961, p. 25 s. sur la distinction entre le contexte de la découverte et celui de la justification : « one kind of question asks about the manner in which the decision or conclusion was reached ; the other inquires whether a given decision or conclusion is justifiable. That is to say, a person who examines a decision process may want to know about the factors that led to or produced the conclusion ; he may also be interested in the manner in which the conclusion was to be justified ». v. Aussi N. MacCormick, *op. cit.*, p. 17.

³⁴ Cette idée est au fondement de toute la démarche de Dworkin, v. « Judicial Discretion », *Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963 (624-638). V. aussi, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, chap. II. Notons que Dworkin distingue trois sens de l'expression « pouvoir discrétionnaire ». Au premier sens, un organe dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsque les standards qu'il doit appliquer ne peuvent l'être de façon mécanique mais exige que l'organe exerce son jugement. Au deuxième sens, un organe dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il dispose du pouvoir de rendre une décision en dernier ressort insusceptible de tout contrôle ou modification par un autre organe. Ces deux premiers sens sont qualifiés de faibles. En un troisième sens, fort celui-là, un organe dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il n'est pas lié par les standards de l'autorité qui lui est supérieure. Dworkin conteste que les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire en ce dernier sens.

³⁵ R. Dworkin, « No right answer ? », p. 73

« vraies » et les réponses apportées par les juges à certains litiges – « les cas difficiles » – comme de « bonnes réponses », des réponses qui étaient en germe dans le droit. Le droit serait ainsi comme une longue chaîne d'interprétations auxquelles se livreraient d'ailleurs aussi bien le législateur que les juges et la doctrine elle-même³⁶.

En définitive, ces deux théories, restaurent le lien entre le droit et la morale que le positivisme avait cherché à rompre. Le droit y apparaît comme le produit de la raison laquelle guide l'action des juges en même temps qu'elle la modère. On peut même parler d'une « raison herméneutique ». En présentant l'activité du juge comme opérant un va-et-vient du droit au monde, de la situation vécue à la loi applicable, elle le fait apparaître comme « un complément » du législateur : ni entièrement créateur ni complètement reproducteur, il a pour tâche, à la fois juridique et politique, d'« harmoniser » l'ordre juridique législatif avec les idées dominantes sur ce qui est juste et équitable dans un milieu donné, de prendre une décision selon les points de vue de la justice et de l'équité³⁷. L'application du droit n'est pas déduction mais adaptation constante des dispositions légales aux valeurs en conflits dans les controverses judiciaires et cette adaptation est rendue possible parce que le droit cesse d'être coupé de la morale comme du reste du monde. On comprend alors pourquoi cette théorie s'attire la sympathie des juges : elle correspond exactement à ce qu'ils expriment eux-mêmes sur leur propre activité³⁸.

L'apport de ces théories anti-formalistes est considérable en ce qu'elles font des juges non des législateurs mais des garants de l'ordre social et politique. Pour autant, la confusion sur laquelle elles reposent ne l'est pas moins : en assimilant le discours du législateur à celui des juges et ce dernier à celui de la doctrine, elles effacent ou dissimulent ce que le droit doit à la volonté des hommes qui le font, de sorte que le droit tel qu'il est ne se distingue plus du droit tel qu'il devrait être. Aussi séduisantes soient-elles, ces théories ne parviennent pas à convaincre en ce qu'elles reposent toutes sur une pétition de principe en même temps que sur une conception selon nous trompeuse de l'interprétation juridique masquant ainsi ce que le droit doit à la volonté et non à la raison.

2.3. Critique des thèses anti-formalistes

Ce courant de pensée se heurte à deux séries de critiques : d'une part, les thèses qu'il défend sont fondées sur une pétition de principe ; d'autre part, elles procèdent toutes d'un même présupposé : à savoir que, pour être du droit, le droit doit être conforme à la morale.

2.3.1. Une pétition de principe

L'un des points communs à ces théories est à l'évidence de prendre très au sérieux le discours des juges, c'est-à-dire les motivations auxquelles ces juges ont recours afin de justifier leurs

³⁶ R. Dworkin, « Law as Interpretation », *Texas Law Review*, 1982, vol. 60 (527-550) et *L'Empire du droit* (1986), trad. fçse, Paris, PUF, 1996.

³⁷ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, *op. cit.*, p. 189-190 et *Grundsatz und Norm*, *op. cit.*, p. 69 n. 214.

³⁸ Cf. par ex., à propos des principes, les conclusions du président Labetoulle sous CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, Rec. 395 : « l'affirmation d'un nouveau principe général du droit est moins la création *ex nihilo* d'une règle vraiment nouvelle que la reconnaissance et la consécration d'une norme jusqu'alors inexprimée mais néanmoins sous-jacente ». Et, à propos de l'acte de juger en général, J.-D. Combexelle, concl. sur CE, Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, RFDA 2000, p. 579 : « Un des principes directeurs qui guide notre système juridique se réfère implicitement à l'exigence de rationalité. Chaque dossier a une solution logique et rationnelle qui suppose une connaissance optimale des éléments de fait et de droit de l'affaire. Tous les éléments de la procédure (...) tendent à organiser cette connaissance intime du dossier qui seule permet de dégager cette solution rationnelle ».

décisions³⁹. La motivation des décisions de justice joue un rôle considérable puisque son existence même sert de fondement à la thèse elle-même commune à savoir que les juges ne créent pas du droit de manière arbitraire, soit tout simplement parce qu'ils ne créent pas le droit, soit parce que la motivation de leur décision est une forme de raisonnement pratique fondé sur de bonnes raisons. Ce point commun est sans doute aussi le point le plus faible de ces théories car il trahit la pétition de principe sur laquelle elles reposent. Cela est très clair chez Ronald Dworkin. Lorsque ce dernier veut expliquer que les juges ne disposent que d'un faible pouvoir discrétionnaire et qu'ils sont donc liés par les principes qu'ils appliquent, il invoque l'argument de la sécurité juridique : n'importe quel principe ne pourrait servir à justifier le changement d'une règle en vigueur et l'application d'une règle nouvelle à un cas difficile car si c'était le cas, « aucune règle ne serait jamais sûre ». De même, les juges ne sauraient appliquer une règle nouvelle sans tenir compte de la doctrine de la suprématie du législateur ou de celle du précédent car si c'était le cas, encore une fois, « aucune règle ne serait jamais sûre »⁴⁰. Or, on ne peut s'empêcher de penser que la question n'est pas de savoir s'il serait bon ou non que les juges disposent d'un tel pouvoir discrétionnaire mais s'ils en disposent effectivement. Ainsi, le caractère redondant de l'argumentation est évident qui revient à dire que les juges ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire au sens fort car ils ne doivent pas en disposer. Ce n'est pas exactement une tautologie plutôt une pétition de principe, c'est-à-dire « une distinction imaginaire entre ce qui doit être prouvé et l'argument qui est censé le prouver »⁴¹.

L'examen de la seconde théorie conduit à la même conclusion. En effet, en admettant que le juge puisse choisir parmi les règles applicables celles qui lui semblent les plus pertinentes, qu'il effectue le même type de choix à l'égard des faits qui lui sont soumis voire encore à l'égard des principes qui peuvent lui servir à raisonner par analogie, la principale implication de cette thèse mériterait alors d'être soulignée : les choix auxquels le juge devra procéder dépendent entièrement de sa subjectivité. Cependant, les partisans de cette thèse ne poussent pas leur raisonnement jusqu'à cette extrémité et réaffirment au contraire leur attachement à la raison pratique et au fait que le juge serait lié par des principes qui l'incitent à exercer sa liberté d'interprétation avec modération. Le choix d'une loi applicable à certains faits au détriment d'une autre relèverait donc d'un exercice de la raison dont on trouve une trace évidente dans les motivations des décisions. Mais quelles raisons les auteurs donnent-ils en faveur de cette thèse ? Comment parviennent-ils à écarter l'idée que la motivation serait une justification *a posteriori* d'un choix purement subjectif ? Là encore les raisons avancées sont ou bien clairement prescriptives⁴² ou bien tout purement spéculatives⁴³.

³⁹ Cf. M. Troper, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit & Société*, 1986, n°2, p. 41-52 (repris ds M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chap. I).

⁴⁰ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, chap. II.

⁴¹ Cl. Rosset, *Le démon de la tautologie*, Paris, Minuit, 1997, p. 27 s.

⁴² V. F. Rigaux, *op. cit.*, p. 66 : « ils n'est pas impossible que certains juges travaillent de cette manière mais ce n'est pas le rôle de la doctrine de les y encourager ou de les approuver. Si la raison pratique a un sens, c'est d'orienter l'action et, dans le cas des praticiens du droit, de préparer et de conduire à leur terme les conseils qu'ils donnent ou les décisions qu'ils arrêtent. On ne raisonne pas correctement, ni décevement, après coup, et l'expression même évoque l'attitude du dictateur qui, après avoir conquis le pouvoir par la force, trouve des juristes assez complaisants pour enfermer son action dans les grilles d'une légalité formelle ».

⁴³ V. N. MacCormick, *op. cit.*, p. 41-42 : « Il est évident que les juges pourraient se comporter de la sorte. Il se peut qu'ils agissent ainsi ; et c'est même très vraisemblable. Mais dire qu'ils se comportent toujours de la sorte est hautement improbable. (...) Il est même raisonnable de penser que les constatations de fait auxquelles les juges procèdent sont très souvent exactes et établies de bonne foi ».

En outre, la thèse selon laquelle le raisonnement fondé sur des principes conduit à une solution modérée ou raisonnable présuppose que les principes mis en relation par le juge s'imposent à lui, qu'il n'en est pas maître, bref, que seule la solution du cas est une décision, un acte de volonté – mais un acte de volonté fortement encadré par les principes, justement – tandis que la mise en balance elle-même échapperait à la volonté du juge. Or, ce présupposé est lui aussi contestable car l'on ne sait toujours pas par quel miracle ou force naturelle les principes mis en balance par le juge pourraient s'imposer à lui afin de lui faire prendre la bonne décision qu'implicitement ils contiennent et que le juge, dans sa grande sagesse, aura découvert. Ainsi, on ne peut exclure que le raisonnement des anti-formalistes se fonde lui aussi sur une pétition de principe : la seule preuve d'une raison pratique dans la résolution des conflits de normes tient apparemment dans la seule affirmation qu'il ne serait pas bien qu'il en soit autrement. Or, que les juges obéissent à des principes doit être prouvé, que l'on avance pour le prouver qu'ils doivent le faire à moins de mal se comporter ou qu'ils le fassent en général ne prouve rien du tout. À cet égard, la distinction entre les contextes de découverte et ceux de justification est elle-même contestable dès lors qu'elle est appliquée uniformément à la découverte de phénomènes naturels et à la prise de décision volontaire. Certes, alors même qu'elles seraient découvertes par hasard, on peut rationnellement justifier l'existence de lois physiques naturelles extérieures à la volonté des individus et expliquer ainsi ce que le comportement des individus a de rationnel. Mais on ne découvre pas une décision judiciaire – la solution d'un litige – ni non plus la loi ou le principe applicable au litige et susceptible de justifier la solution que l'on y apporte comme on découvre une loi scientifique. La loi selon laquelle tout corps plongé dans un liquide reçoit une poussée de bas en haut égale au poids du volume déplacé est indépendante de la volonté d'Archimède ou de qui que ce soit d'autre pour la seule raison que nul ne peut s'y soustraire quelle que soit la compréhension qu'il en a. Ce n'est bien évidemment le cas ni des lois juridiques ni, *a fortiori*, des décisions judiciaires. Ces dernières sont des faits entièrement dépendants de la volonté des individus : la justification fait partie de la décision elle-même, elle en est constitutive⁴⁴. Or, la thèse irrationaliste, prétendument sophistiquée, ne soutient pas que ces décisions sont absolument injustifiables : elle soutient surtout qu'elles ne le sont pas nécessairement à l'aide des seuls arguments utilisés car ils ne s'imposent pas de manière contraignante à ceux qui les utilisent. En sorte que ces derniers servent davantage à masquer le caractère subjectif de la décision judiciaire. De ce point de vue, la distinction entre le contexte de la découverte et celui de la justification se révèle peu opératoire et ne parvient pas à tenir en échec la thèse irrationaliste. La question demeure toujours de savoir dans quelle mesure la solution du litige découle des règles juridiques positives, autrement dit, en quoi s'imposait-elle au juge ?

2.3.2. *L'exigence d'une conformité du droit à la morale*

Contrairement à ce qu'ils affirment, les partisans de ces théories retrouvent la même démarche que celle de toute doctrine jusnaturaliste et aboutissent aux mêmes conclusions sinon aux mêmes objectifs poursuivis par le jusnaturalisme : justifier rationnellement l'exercice du pouvoir. En effet, ces théories appréhendent l'acte de juger comme un acte de connaissance et le droit comme un ensemble de règles et de principes qu'il suffirait au juge de connaître pour les appliquer. Mais pour démontrer que le droit obéit à la rationalité pratique, il convient bien sûr de fournir des critères de rationalité lesquels échappent au droit lui-même. On se trouve dès lors en train d'évaluer le droit à l'aune de principes rationnels, on subordonne le droit positif à un idéal de justice et d'équité. Pour le dire autrement, on tente de

⁴⁴ V. E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, op. cit., chap. XIV ; T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giuridiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 93 s.

fournir une justification rationnelle du droit à travers cette rationalité à l'aune de laquelle on l'évalue. La conséquence d'une telle démarche est aussi immédiate que contestable : ce faisant, on ne décrit pas ce qui est mais ce qui devrait être et l'on conforte les juges dans l'idée que juger est une activité politiquement neutre ce que veut précisément le système juridique.

Ainsi, l'un des défauts majeurs de ces théories réside dans le fait que, contrairement à ce qu'elle prétendent, elles ne rendent pas compte du raisonnement juridique effectivement suivi par les juges mais fournissent des modèles de comportement que les juges devraient suivre au motif qu'ils les suivent effectivement. Elles sont tout simplement des justifications rationnelles du droit positif, ce qu'ont d'ailleurs toujours été les théories du jusnaturalisme : elles présupposent un idéal de justice ou de rationalité auquel le droit positif doit se conformer et tentent de dériver le droit de la nature des choses⁴⁵. Cela apparaît très clairement si l'on s'interroge sur la façon dont ces théories pourraient parvenir à rendre compte de l'unité du droit. Dans la mesure où, selon elles, tout le droit est contenu dans des règles et des principes, elles semblent admettre que le droit peut se déduire de ces règles et de ces principes. Cela est aisé à voir chez Dworkin qui fait une utilisation de la notion d'interprétation : celle-ci devient une sorte d'opération mystique ou alchimique de laquelle résulterait le droit. Mais les théories qualifiées par nos soins de modérément rationalistes reposent sur l'idée que cette motivation des décisions de justice s'impose au juge lequel déduit les motivations les unes des autres. Ainsi, le droit apparaît-il comme un système de normes toutes déduites les unes des autres. Un système que Kelsen a qualifié de statique ce que n'est pas le droit. Le paradoxe est que, en voulant restaurer un peu de liberté au juge en contestant le modèle syllogistique, ces théories anti-formalistes retrouvent la même thèse que servait le modèle contesté : justifier du caractère « nul » de l'acte de juger.

3. CONCLUSION

Ni la critique irrationaliste, ni celle anti-formaliste ne sont parvenues à bout du syllogisme. On ne saurait pourtant se fier à ce modèle pour y voir le droit tel qu'il se fait car ce que parviennent fort bien à démontrer les thèses examinées ici, c'est la liberté dont dispose le juge tant dans le choix d'une interprétation d'une « source » de droit que dans son application. Mais plus encore que la liberté du juge à l'égard des sources, il faut insister sur le caractère non référentiel des propositions normatives qui pourraient servir de prémisse majeure au raisonnement prétendument syllogistique.

En effet, si les normes ne sont pas des entités idéales occupant le monde du *Sollen* mais des significations dont l'existence même dépend d'actes de volonté, un acte n'acquiert la signification de norme qu'au terme d'une interprétation dont l'auteur même de l'acte a la charge. Or, dans la mesure où une norme n'est elle-même que la signification d'un acte de volonté, l'objet de son interprétation ne porte pas seulement sur l'acte dont il est l'auteur : elle porte aussi sur l'acte supérieur auquel il rattache son acte et auquel il reconnaît la signification de norme, bref, qu'il interprète⁴⁶. En définitive, c'est toujours l'auteur d'une norme inférieure qui confère à un autre acte de volonté sa signification de norme supérieure. Dire cela ne signifie pas que la volonté d'un individu suffise à faire d'un acte une norme : seul du droit crée du droit, or la volonté est un fait et un fait ne crée pas de droit. Dire que le droit naît d'une interprétation créatrice, c'est reconnaître que les normes ne sont pas créées de manière descendante mais ascendante : le droit est une affaire de pouvoir, non de raison.

⁴⁵ Cf. la critique de Esser par Kelsen, ds H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., chap. 28, not. p. 155.

⁴⁶ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, cit., p. 86 s.

La conséquence qui découle d'une telle analyse fragilise singulièrement le bel édifice déductif que voulait être le syllogisme normatif car, pour que cet édifice demeure, encore faut-il qu'il repose sur un fondement stable. Or, les propositions normatives ne renvoient à aucun état de fait, et ce, quelle que soit la volonté psychologique de ceux qui en sont les premiers auteurs. Il en résulte que la prémisse majeure du syllogisme n'a pas de signification indépendamment de la prémisse mineure. Ainsi, par exemple, la norme « tous les voleurs doivent être punis » ne contient en elle-même aucune description définie des « voleurs » ni de « être punis ». En sorte que, tant pour l'une que pour l'autre, c'est le juge qui demeure le maître du sens : ce n'est qu'une fois que le juge a choisi de subsumer une prémisse mineure – à savoir, « K est un voleur parce qu'il a accompli telle action » – sous cette prémisse majeure qu'il donne sa signification à cette même prémisse majeure⁴⁷. Le syllogisme normatif donne donc l'illusion d'une déduction mais il est en réalité un mode de justification d'une décision dont le processus apparaît bien plus complexe, alliant à la fois connaissance et volonté mais reposant, en dernier ressort, sur la volonté⁴⁸. C'est que sa fonction est bien davantage politique que juridique : elle est bien plus une représentation d'une réalité qu'une description objective de cette même réalité. Le modèle syllogistique de la décision judiciaire vise, en réalité, à garantir ou à préserver l'idéologie de la séparation des pouvoirs et la hiérarchie entre ces derniers dont elle est elle-même porteuse⁴⁹. On pourrait résumer cela d'une formule en disant que ce n'est pas le syllogisme qui justifie la subordination de la fonction judiciaire à la fonction législative mais c'est bien au contraire la subordination de la fonction judiciaire qui justifie que les juges se conforment au syllogisme. C'est la raison pour laquelle on doit conclure que la représentation de l'acte de juger au travers du modèle syllogistique consiste bel et bien en une thèse prescriptive : elle prétend décrire ce que les juges doivent faire mais ne décrit pas ce qu'ils font réellement. Cela étant, une fois que l'on a effectivement interprété la prémisse majeure, en lui attribuant une signification avec tout ce que cette attribution suppose de discrétionnaire et donc d'arbitraire, la logique est à nouveau applicable et permet de contrôler la validité de l'inférence. Le raisonnement juridique n'échappe donc pas aux lois de la logique puisque cette dernière est applicable aux raisonnements juridiques.

On ne saurait passer sous silence ce qu'une telle conclusion a d'évidemment insatisfaisant. La logique est certes applicable mais elle ne permet pas de faire ce à quoi on voulait l'utiliser, à savoir rendre les décisions juridiques prévisibles et donc dépouillées de tout arbitraire. C'est qu'on touche là au problème plus profond que masque le débat sur l'applicabilité de la logique au droit, et qui n'est rien d'autre que celui de la causalité en droit, problème que l'on peut poser en ces termes : comment contraindre les organes juridiques à prendre les décisions que l'on attend d'eux ou, pour le dire autrement, comment faire en sorte que les normes juridiques opèrent comme des impératifs hypothétiques ou des lois scientifiques c'est-à-dire des lois causales ? Contrairement à ce que l'on croit bien souvent, le problème de la causalité n'est pas d'ordre pratique mais métaphysique et – comme souvent les problèmes métaphysiques – il n'appelle aucune solution pratique voire aucune solution du tout. Il n'est que « le résultat d'une indisposition ».

⁴⁷ A. Ross, « Imperatives and Logic », *art. cit.*, p. 71 ; B. S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles, 1988, p. 52.

⁴⁸ J. Wróblewski, « Legal syllogism and rationality of judicial decision », *Rechtstheorie*, 1974, 5, p. 33-46 pour qui la prémisse majeure est elle-même le produit d'un syllogisme. On peut repousser cette idée dès lors que l'on admet que l'interprétation est un acte constitutif d'une signification en ce qu'il consiste en l'attribution d'une signification, v. T. Mazzarese, *op. cit.*, p. 40 n. 14.

⁴⁹ En ce sens, à propos de Montesquieu et Beccaria, v. not. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (1961), Turin, Giappichelli, 2^e éd., 1996, p. 33-34 et G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, il Mulino, 1976, p. 269 s.