

L'ARGUMENTATION DES JURISTES ET SES CONTRAINTES CHEZ PERELMAN ET LES AUTEURS DU COURANT RHÉTORICO-HERMÉNEUTIQUE

Charles Leben

Presses Universitaires de France | « Droits »

2011/2 n° 54 | pages 49 à 80

ISSN 0766-3838

ISBN 9782130587163

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-droits-2011-2-page-49.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

L'ARGUMENTATION DES JURISTES
ET SES CONTRAINTES CHEZ PERELMAN
ET LES AUTEURS
DU COURANT RHÉTORICO-HERMÉNEUTIQUE

Il est apparu, aux organisateurs des journées sur *L'Argumentation des juristes et ses contraintes*, qu'il était nécessaire de prendre en compte cette partie de la théorie juridique qui conçoit le problème posé par les contraintes de façon radicalement différente de celle soutenue par ce qu'on peut appeler l'école réaliste-sceptique, *i.e.* en France Michel Troper et ceux qui lui sont proches.

À l'opposé de cette école, existe un puissant courant de théorie du droit qui s'est développé dans la 2^e moitié du xx^e siècle et qui regroupe des auteurs qui se réclament de la théorie de l'argumentation (ou rhétorique) et ceux qui se réclament de l'herméneutique juridique. Ces deux courants peuvent être rapprochés, malgré des différences parfois importantes entre auteurs, du fait de « l'enchevêtrement », pour reprendre une expression de P. Ricœur¹, des points de vue argumentatifs (rhétoriques) et herméneutiques (interprétatifs) lorsqu'il s'agit de l'interprétation juridique, enchevêtrement aggravé par le fait que tous les auteurs ne donnent pas le même sens aux notions d'interprétation et d'argumentation.

Pour notre part nous désignons par interprétation l'opération intellectuelle qui consiste à donner la signification d'un texte, par exemple le texte d'une loi. Pour ce faire l'interprète (il sera question ici exclusivement de l'interprétation judiciaire), s'il le trouve utile, peut s'aider de certaines méthodes ou directives d'interprétation dont on trouve la liste dans les ouvrages de logique juridique et qui lui permettent de dire le sens qu'il attribue au texte². L'interprétation est au départ une exégèse d'un texte qui peut être faite par un lecteur isolé.

1. P. Ricœur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in P. Amssele, *Interprétation et droit* Bruxelles Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, pp. 177-188, p. 188.

2. V. Chaïm Perelman & L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 3^e éd. 1970 ainsi que Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976 (réédition. 1999). Et V. F. Ost et Michel van de Kerchove, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. Amssele, *Interprétation et droit, op. cit.*, pp. 135-153, R. Guastini, *Estudios sobre la interpretacion juridica*, Mexico, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1999

Par la notion d'argumentation on désigne les actes par lequel deux ou plusieurs parties s'affrontent et présentent des raisons pour justifier leur interprétation du droit et écarter celle de leurs adversaires (par exemple dans un procès). Pour ce faire ceux-ci invoquent une série d'arguments qui sont eux aussi développés dans les ouvrages de logique juridique et qui pour une part sont les mêmes que ceux utilisés pour déterminer le sens d'un texte¹.

De son côté, l'interprète peut avoir à l'esprit, lorsqu'il recherche le sens à donner au texte, les arguments qui lui seront opposés par les parties ou par les autres interprètes (d'autres juridictions) ou par la doctrine. En répondant à la question de la signification d'un texte, l'interprète va souvent au-delà d'une simple attribution de sens, et se livre par exemple dans la motivation d'un jugement, à une défense de son interprétation et au rejet d'autres qui auraient été possibles, à l'aide d'une argumentation qui participe sans aucun doute de la rhétorique et qui pour certains, comme Perelman, est même le paradigme de la raison juridique.

Une autre raison importante de rapprocher les deux courants (interprétatifs/argumentatifs), concerne les contraintes exercées sur l'interprète. Alors que la théorie réaliste-sceptique, ne reconnaît (à peu près) que le jeu des contraintes externes issues des rapports de force entre interprètes, les auteurs du courant rhétorico-herméneutique recherchent les contraintes internes à la sphère du droit qui agissent sur un juge lorsqu'il applique-interprète un texte.

Les contraintes internes sont celles qui découlent de la prise en compte du texte lui-même, de son contexte, de son analyse sémantique, de son positionnement par rapport à d'autres textes, de son application antérieure par d'autres tribunaux, des caractéristiques de l'ordre juridique auquel il est rattaché, de la façon dont ce texte est accueilli en doctrine etc. Cela peut être aussi la *ratio juris* du texte, ou même une politique d'interprétation adoptée par un tribunal (en particulier de dernier ressort) pour tenir compte des besoins du moment etc. Ce sont là des éléments d'appréciation que l'interprète doit prendre en considération pour livrer si ce n'est la seule et unique interprétation vraie (comme le voudrait Dworkin) mais, pour le moins, une interprétation, la meilleure possible au regard des différents éléments à prendre en compte par un interprète consciencieux qui travaille dans le respect du droit et de la séparation des pouvoirs lui interdisant d'être un législateur.

Quelles que soient donc, les différences évidentes entre les auteurs que l'on examinera ici, essentiellement Perelman, Müller, Dworkin, ils constituent tous

et du même auteur l'important *Interpretare e argomentare*, (Trattato di Diritto Civile e Commerciale) Milan, Giuffrè, 2011.

1. Mais le langage juridique courant distingue peu entre ce qui relève plus strictement des techniques d'interprétation et ce qui relève de la technique d'argumentation où l'on affronte un adversaire. Les techniques d'interprétation sont nommées de diverses façons : règles d'interprétation ou principes, directives, axiomes, méthodes, canons, techniques, procédés, critères etc. (V. Ost et van de Kerchove, *op. cit.* p. 137). Mais on les appelle aussi, comme le fait Perelman des « types d'argument qui permettent d'interpréter les textes » (*Logique juridique, op. cit.*, pp. 54-55). Il est vrai que l'une des façons de vaincre dans un prétoire est de persuader le juge de la justesse de son interprétation du droit.

trois une alternative aux théories réalistes de l'interprétation auxquelles ils se sont tous opposés de façon plus ou moins explicite¹.

La question que l'on veut examiner ici porte sur les contraintes juridiques de l'interprétation avec pour point de mire les travaux de Michel Troper et les autres auteurs de l'ouvrage sur la *Théorie des contraintes juridiques de l'argumentation*². Cet ouvrage en effet, porte sur un des thèmes les plus classiques de la théorie du droit, celui qui examine la façon d'agir des juges dont tout le monde s'accorde à reconnaître aujourd'hui qu'ils ont pour le moins une marge de manœuvre interprétative importante. Et tout le monde de poser la question : comment se fait-il que les juges qui peuvent tant ne perdent pas la tête et ne font pas « n'importe quoi », pour dire les choses de façon triviale³.

On sait que la raison fournie par M. Troper est que les juges (et autres organes d'application du droit en dernier ressort) sont pris dans une sorte de réseau de forces qui les unit les uns aux autres au sein du système juridique. S'ils veulent assurer le succès de leurs interprétations ils doivent tenir compte des positions de force de chacun, positions qui sont autant de contraintes (externes) qui s'imposent à eux dans leur travail interprétatif⁴.

1. Pour Perelman, V. « La théorie pure du droit et l'argumentation », in Salo Engel (ed.) *Law State and International Legal Order. Essays in honour of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964. Müller, fait une courte allusion au « réalisme conceptuel » qui imagine, de façon naïve, que les valeurs morales ne jouent qu'un rôle très limité dans la science juridique. En outre le but de l'ouvrage que nous examinerons est de montrer, précisément, comment et pourquoi, le juge ne peut faire « n'importe quoi ». Quant à Dworkin il souhaite par sa construction théorique renvoyer « à son inutilité la question sans âge de savoir si les juges découvrent ou s'ils inventent le droit ». En réalité « les juges font l'un et l'autre, et ni l'un ni l'autre. » V. *L'Empire du droit*, Paris, Puf, 1994 p. 247. En outre parmi les adversaires que Dworkin cherche constamment à réfuter se trouve le « scepticisme » qui est celui des théories réalistes de l'interprétation (V. *ibid.* pp. 84 et s., 169 et s., 289 et s.) Pour une approche voulant combiner herméneutique et rhétorique, V. Francis J. Mootz III, *Law, Hermeneutics and Rhetoric*, Burlington, Ashgate Publishing Cy, 2010.

2. Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques de l'argumentation*, Paris, LGDJ, 2005.

3. La question est posée dès la première ligne de la première page de la *Théorie des contraintes juridiques* : « À l'origine de ce colloque se situe un paradoxe. Si l'on accepte, comme invite à le faire la théorie réaliste de l'interprétation, que les acteurs juridiques sont libres d'interpréter les énoncés juridiques, il faut convenir qu'ils ont le pouvoir d'agir selon leurs caprices. [...] Pourtant nous savons bien, nous juristes, que ces acteurs, n'usent pas de ce pouvoir n'importe comment et qu'ils ne font pas n'importe quoi. » (p. 1). L'ouvrage de M. Troper et *alii* ne porte pas uniquement sur le raisonnement judiciaire mais sur celui de tous « les acteurs juridiques » et plus particulièrement sur celui des organes d'application du droit. Mais en pratique c'est l'interprétation des juges qui importe vraiment.

4. Pour les textes de M. Troper consacrés à la théorie réaliste de l'interprétation, V. « Une théorie réaliste de l'interprétation », in V. O. Jouanjan (éd), *Dossier théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 51-68 article repris in M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf (Léviathan), 2001, p. 69-84 et aussi, « La liberté de l'interprète », in Les colloques du Sénat, *L'office du juge*, Paris, colloque des 29 et 30 septembre 2006, p. 28-40, et tout récemment « Le réalisme et le

Cette présentation s'oppose aux analyses des auteurs du courant rhétorico-herméneutique qui voient dans l'analyse minutieuse du texte de droit à appliquer, de l'étude des arguments présentés par les parties, du contenu de la décision rendue par un juge, etc., la façon légitime de procéder pour déterminer la signification d'un texte de droit à appliquer dans le respect dû au législateur et à la constitution.

Du fait du talent de M. Troper et de ses disciples il nous semble que les thèses du courant réaliste occupent aujourd'hui une place prépondérante dans la théorie du droit en France de sorte que les analyses contraires, aussi bien anciennes que contemporaines, sont aujourd'hui assez largement éclipsées¹. C'est le cas des analyses de Chaïm Perelman qui ont été en vogue dans les années 1960/1970. C'est le cas aujourd'hui d'un grand courant rhétorique-herméneutique dans lequel on peut mettre des auteurs tels que Perelman, Müller, MacCormick, Dworkin, Alexy et d'autres encore. Il s'agit là d'auteurs, certains bien connus en France (Dworkin) et d'autres moins mais qui occupent une place centrale dans les discussions théoriques telles qu'elles ont cours aujourd'hui dans les ouvrages, articles et colloques à travers le monde².

juge constitutionnel » in *Le droit et la nécessité*, Paris, Puf (Léviathan), 2011, 185-198. Sur le réalisme en général, V. O. Jouanjan (éd), *Dossier théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2000.

1. Ce ne sont pourtant pas les critiques qui ont manqué, V. Les différents écrits d'O. Pfersmann et en particulier, « Critique de la théorie des 'contraintes juridiques', in M. Troper et alii, *Théories des contraintes juridiques, op. cit.*, pp. 123-142, et du même auteur, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002 pp. 247-266 et la réponse de M. Troper, « Répliques à Otto Pfersmann » *RFDC*, 2002, pp. 759-788, D. de Béchillon, « Réflexions critiques », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif (RRJ-DP)*, 1994, pp. 247-266 et la réponse de M. Troper, « Réplique à Denys de Béchillon » *RRJ-DP*, 1994, pp. 267-294 et aussi S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, n° 37, pp. 49-85, O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003 n° 37, pp. 31-48, P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits* 1998 n° 28, pp. 29-45, la longue réfutation de E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in. Les colloques du Sénat, *L'office du juge, op. cit.*, pp. 42-147, Ch. Leben, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in G. Haarscher (ed.), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 215-235. V. aussi les contributions réunies par O. Pfersmann et G. Timsit, *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

2. Sur ces auteurs V. dans un premier temps V. Chaïm Perelman, *L'Empire rhétorique*, Paris, Vrin, 1988, et les articles réunis dans *Rhétoriques*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990 ainsi que Ch. Perelman & L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 3e éd. 1970, Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, Puf (Léviathan), 1996, Ronald Dworkin, *L'Empire du droit*, Paris, Puf, 1994, Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, et aussi du même auteur, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, Puf, 1996, Robert Alexy, (un auteur largement méconnu en France mais consacré en Allemagne

Il ne peut être question ici d'étudier en détail les thèses de tous ces auteurs mais de se laisser guider par la question centrale évoquée ci-dessus : comment ces auteurs conçoivent-ils les contraintes qui s'exercent sur l'interprétation judiciaire du droit ? Tous n'ont pas, comme on le verra, les mêmes approches de la question mais ils partagent tous une même préoccupation qui est de concevoir l'interprétation d'un texte de droit comme une opération intellectuelle qui doit tenir compte de l'aspect interne de celui-ci et non pas seulement de contraintes externes dont la justification ultime est un rapport de forces. Par aspect interne il faut comprendre avec Hart (outre ce qui a été dit supra sur le caractère interne à la sphère du droit), le droit tel qu'il est perçu par ses sujets lorsqu'ils considèrent leur comportement non pas (seulement) comme une contrainte extérieure mais comme un ensemble de règles qui les oblige¹.

Cependant avant d'examiner les doctrines de trois auteurs majeurs du courant rhétorico-herméneutique (Perelman, Müller et Dworkin) il faut d'abord rappeler les positions théoriques de base qui existent quant au fonctionnement de l'interprétation judiciaire et quant au raisonnement judiciaire.

INTERPRÉTATION ET RAISONNEMENT JUDICIAIRE

Sur la question de l'interprétation judiciaire, on peut considérer (en simplifiant) qu'il y a trois thèses qui s'affrontent².

- selon la première qui serait celle de Montesquieu, des juristes de la Révolution française et de la doctrine française de l'exégèse dans ses débuts (lorsqu'elle veut s'en tenir à l'explication littérale et grammaticale du Code civil), « la puissance de juger est en quelque sorte nulle » selon la phrase fameuse de Montesquieu. Cela signifie que le juge est complètement transparent dans l'application de la loi, celle-ci parle au travers de sa bouche et lui est un canal en quelque sorte passif qui n'ajoute rien et qui, en droit, ne doit rien ajouter, à la loi qui saisit elle-même en quelque sorte le cas qui est soumis au juge³.

et dans les pays de langue anglaise) *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Oxford University Press, 1989. V. aussi G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Puf, 1991.

1. V. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e édition, 1994, pp. 88-91, et dans la traduction de Michel van de Kerchove, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 113-116.

2. V. (mais avec des différences) Ricardo Guastini, « Interprétation et description de normes », in P. Amselek, *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, P.U. d'Aix-Marseille, 1995, pp. 89-101.

3. « [...] les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Paris, GF-Flammarion, p. 301. Ch. Perelman dans *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 24 cite le civiliste luxembourgeois François Laurent, auteur d'un monumental commentaire du code civil en 33 volumes (1869-1878)

- La chose capitale est que le juge ne doit pas usurper le rôle du législateur et, *a fortiori*, celui du constituant.
- selon une deuxième thèse c'est en fait le juge et tout particulièrement le juge de dernier ressort, qui est le véritable législateur car c'est celui qui dit la signification ultime d'un texte qui en est le vrai auteur. C'est ce que soutenait en 1717 un évêque anglais du nom de Benjamin Hoadly lors d'une controverse théologico-politique (la *Bangorian Controversy*), et dans un discours prononcé devant le Roi George 1^{er} : « quiconque à une autorité absolue d'interpréter le droit écrit ou oral, c'est lui le véritable législateur [...] et non la personne qui la première l'a mise par écrit ou l'a énoncée¹. »

Ceci implique qu'avant l'intervention du juge le texte voté par le Parlement (pour prendre cet exemple) n'est pas une norme mais « une proposition ayant pour son auteur la signification subjective d'une norme » pour reprendre la présentation de M. Troper. Mais en réalité c'est la cour suprême dans un ordre juridique donné qui par un acte de volonté libre va insérer une norme dans le texte voté par le Parlement. Comme l'écrivait encore le philosophe américain Morris R. Cohen : « [...] 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 law². »

Il s'agit là de la théorie réaliste ou sceptique de l'interprétation telle qu'elle a été développée aux États-Unis par différents auteurs comme John Ch. Gray, Morris Cohen ou Jérôme Franck, et telle qu'elle a été reprise avec la vigueur que l'on sait par Michel Troper. Celui-ci y a ajouté, la théorie des contraintes juridiques visant à expliquer pourquoi, dans cette situation, le juge qui peut tout va néanmoins être contraint et limité dans ses interprétations.

- la troisième enfin, est une thèse mixte : le texte a bien quelque chose qui pré-existe à l'intervention du juge (sur la signification de ce quelque chose et comment elle pré-existe, cela reste mystérieux)³, le juge n'est pas libre de

déclarant : « Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète. » V. aussi les textes réunis par, O. Cayla et M.F. Renoux-Zagamé, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?* Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2001.

1. Cette thèse a été reprise par les réalistes américains du début du xx^e siècle, V. J. Ch. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, Stevens & Sons, 1916 qui cite Hoadly, p. 100 et 164. La position de Gray est longuement discutée par Kelsen dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, pp. 203-207. Pour une appréciation critique des théories réalistes américaines V. Hart, « American Jurisprudence through English Eyes : The Nightmare and the Noble Dream », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144. V. aussi H. Kantorowicz, « Some Rationalism about Realism », *Yale Law Journal*, 1934, pp. 1240-1253, et Ch. Leben, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », *op. cit.* pp. 219 et s.

2. Cité par Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, Puf (Léviathan), (trad. O. Beaud et F. Malkani), 1996, p. 561, note 170

3. Pour Müller, la norme n'est pas dans le texte, elle ne pré-existe pas au travail de production de la norme par le juge. Cependant et malgré cela, il y a quelque chose qui

donner n'importe quelle signification au texte qu'il interprète, il est tenu par certains principes d'argumentation et de motivation de sorte qu'il y a une dialectique qui s'opère entre le texte produit par le législateur et la lecture qu'en fait le juge.

Il faut d'abord présenter ici une fausse thèse mixte qui est celle de Kelsen. On pourrait croire en effet que le maître de Vienne en distinguant le « cadre d'interprétation » d'un texte examiné par un juge qui est de l'ordre de la connaissance et la solution choisie par celui-ci à l'intérieur de ce cadre, qui est une décision libre non soumise à quelque canon d'interprétation que ce soit, présente une thèse mixte. Il y aurait donc une phase objective, scientifique, consistant à déterminer ce que le texte à interpréter peut vouloir dire de la façon la plus générale et une phase subjective, libre, dans laquelle le juge choisit le sens à donner au texte parmi les divers sens possibles déterminés par le cadre d'interprétation¹. C'est ainsi qu'il écrit :

« Si l'on entend par 'interprétation' la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut-être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre »².

Présentée de cette façon la thèse pourrait être proche de celle de Hart pour lequel un texte juridique comporte toujours une « texture » plus ou moins ouverte. En effet, certains énoncés linguistiques du fait de leur précision ne donnent à l'interprète qu'une marge de décision réduite, on dit qu'ils ont une texture plutôt fermée (par exemple : « le niveau des prix des produits alimentaires sera bloqué au niveau atteint au 1^{er} janvier 2012 ») d'autres au contraire laissent une large marge d'interprétation et leur texture sera dite plutôt ouverte (par exemple : « le tuteur devra agir en bon père de famille »). L'ouverture de la texture du droit peut aussi être représentée par la métaphore du cadre d'interprétation visé par Kelsen : le cadre est plus ou moins large selon que la texture du texte est plus ou moins ouverte ou fermée. Quant à l'interprétation elle serait chez Kelsen un complexe entre une part objective (qui s'inscrit dans le cadre) et une part subjective selon la précision plus ou moins grande de l'énoncé linguistique (chez Hart).³

En réalité, et comme l'a montré O. Jouanjan⁴, la position de Kelsen n'est pas du tout celle-là. Le cadre d'interprétation n'est pas la détermination scientifique

pré-existe, c'est le texte lui-même qui est une donnée linguistique qui ne peut être interprétée ou concrétisée de façon aberrante. V. infra. p. 66.

1. V. Kelsen : « [...] dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur du droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance. » *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 460

2. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 457

3. V. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., pp. 124-136

4. V. son introduction à F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., pp. 7-10

du sens d'un énoncé linguistique dessinant ainsi un cadre objectif à l'intérieur duquel diverses solutions sont envisageables, parmi lesquelles l'interprète en choisira une. Si la détermination du cadre est effectivement un acte de connaissance, ce n'est nullement un acte de connaissance du droit régi par des méthodes d'interprétation juridiques. En effet l'activité de connaissance mise en jeu dans l'opération d'interprétation

« [...] n'est pas connaissance du droit positif, mais connaissance d'autres normes qui peuvent y déboucher dans la procédure de création du droit : normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux que l'on a accoutumé de désigner par les slogans : bien du peuple, intérêts de l'État, progrès etc. Sur leur validité et la possibilité d'établir ces normes ou ces « valeurs », on ne peut rien dire du point de vue du droit positif.¹ »

Le cadre d'interprétation chez Kelsen n'est donc nullement élaboré par application de méthodes juridiques scientifiques (qui pour lui n'existent pas en réalité) permettant d'élaborer un cadre aussi objectif que possible à l'intérieur duquel les interprètes doivent situer leur décision. Il ne s'agit que de la prise en compte de valeurs et de « slogans » qui répondent à des préoccupations morales et politiques qui ne sont ni juridiques ni objectives. Au bout du compte l'acte d'interprétation n'est plus tributaire en rien d'une activité objective et n'exprime que la liberté de l'interprète. La pente réaliste de certains des disciples de Kelsen trouve son origine dans les analyses même du maître².

À l'opposé, Les auteurs du courant rhétorico-herméneutique ont la caractéristique commune de vouloir penser la relation qui existe entre un texte et son interprétation selon des modèles certes différents mais qui s'accordent à tenir à la fois que l'interprète a une certaine liberté mais qu'il n'invente pas de bout en bout la signification du texte.

Autrement dit lorsque les juges argumentent, lorsqu'ils motivent, lorsqu'ils raisonnent pour justifier leurs positions, il ne s'agit pas de faux-semblants, de camouflages destinés à tromper les naïfs mais d'une opération intellectuelle spécifique d'application du droit qui ne produit peut-être pas (encore que certains le soutiennent) l'unique sens du texte mais celui qui paraît le meilleur au juge pour des raisons qui sont explicitées à l'adresse des parties et à l'adresse de la communauté des juristes (juges, universitaires, avocats, pouvoirs publics etc.).

Cette position mixte que l'on peut considérer comme la plus raisonnable (et c'est à dessein nous utilisons ce mot peu apprécié en théorie) est peut-être aussi la plus difficile à tenir au plan théorique car il faut à la fois reconnaître au juge une liberté incontestable d'interprétation et expliquer comment il reste un serviteur du texte et non son usurpateur. On prendra trois auteurs du courant rhétorico-herméneutique pour déterminer comment ils défendent la thèse mixte.

1. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 460

2. Il nous semble cependant que Kelsen jusqu'à la fin de sa vie n'a pas réussi à se former une doctrine homogène de l'interprétation. Si certains traits conduisent au réalisme d'autres restent opposés à la théorie réaliste, V. *infra* p. 66 note 2 et p. 80 note 2 la surprenante affirmation de Kelsen que dans l'affaire *Marbury c. Madison*, le juge Marshall n'avait pas interprété la constitution mais l'avait violée.

NOUVELLE RHÉTORIQUE ET THÉORIES DE L'ARGUMENTATION

Divers auteurs peuvent être réunis sous la rubrique générale des théories de l'argumentation. Nous en choisisons deux, Ch. Perelman et F. Müller en regrettant de ne pouvoir en traiter d'autres comme par exemple, N. MacCormick et R. Alexy qui tous deux apportent des contributions intéressantes à ce courant de la théorie du droit¹.

Perelman et la Nouvelle rhétorique

L'œuvre de Perelman dépasse le champ juridique et couvre aussi le champ de l'éthique, mais sa part juridique a plus particulièrement compté dans l'histoire de la théorie du droit de la deuxième moitié du xx^e siècle. On peut supposer, par exemple, que la fréquence dans l'usage de l'expression « rhétorique » que l'on constate dans les doctrines américaine et britannique est sans doute due pour une part aux travaux de Perelman. Certains ont même parlé à ce sujet du « tournant rhétorique » de la théorie du droit²

Pour présenter l'œuvre de Perelman dans le domaine qui nous occupe il faut rappeler l'intention philosophique et plus spécialement éthique qui est à l'origine des travaux de celui-ci sur la théorie du droit et qui le distingue des autres auteurs examinés ici. Perelman est d'abord (dans le temps) un logicien qui a consacré sa thèse à Gottlob Frege, puis un philosophe de la morale, puis un théoricien du droit. Il faut bien voir que ce qu'il développe en matière de théorie du droit n'est que la suite de sa philosophie morale et a pour objet de fonder sa réflexion sur l'éthique. On est ici dans un projet qui est l'exact contraire de celui de Kelsen attaché à couper tout lien de la théorie du droit avec la philosophie morale³. En revanche, ce souci de la philosophie morale rapproche la démarche de Perelman de celle de Dworkin même si les présupposés et les méthodes diffèrent.

Ce qui est premier chez Perelman, est le souci de construire une éthique qui puisse être fondée en raison, une éthique dans laquelle les valeurs puissent être rationnellement dégagées, seule façon d'échapper tant au nihilisme des

1. V. les références données supra à la note 9.

2. F. J. Mootz, *Law, Hermeneutics and Rhetoric*, op. cit., p. 176 et tout le très long chapitre 4 (« Rhetorical Knowledge in Legal Practice and Theory » in *Law, Hermeneutics and Rhetoric*, op. cit., pp. 155-263), N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, op. cit. qui lui aussi parle du « rhetorical turn in analysis of practical reasoning » (pp. 19-20). Le chapitre 2 du livre (« The Rule of Law and the Arguable Character of Law ») est de tonalité très perelmanienne.

3. Pour une bonne présentation des idées de Perelman, V. G. Vannier, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle rhétorique de Perelman*, Paris, Puf, 2001. V. aussi le chapitre que consacre R. Alexy à la théorie de l'argumentation de Perelman in *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, 2010, pp. 155-173, ainsi que le chapitre 4 de Mootz, *Law, Hermeneutics and Rhetoric*, op. cit. supra n. 23.

sceptiques qu'aux fanatismes en tous genres. Mais pour rechercher cette raison il se tourne non pas vers la tradition philosophique classique et tout particulièrement kantienne (comme le feront des auteurs allemands tels que Habermas ou Karl Otto Appel qui sont ses contemporains¹) mais vers le droit et la façon dont il fonctionne. On pourrait dire avec raison que Perelman est un philosophe qui a pris le droit au sérieux².

Parti à la recherche de la logique spécifique des jugements de valeur il va conclure que cette logique n'existe pas si l'on prend comme modèle la logique formelle mais qu'il existe une logique d'un autre genre où la démonstration logico-mathématique est remplacée par l'échange d'arguments qui s'affrontent pour convaincre un auditoire qui peut être limité et spécifique mais qui peut être aussi l'auditoire universel qui n'est rien d'autre que la raison³.

Il ne s'agit pas, certes, d'une raison analytique mais de la raison fonctionnant sur le modèle juridique, i.e. selon le modèle d'une argumentation non contraignante où s'opposent des thèses qui présentent chacune une certaine force et entre lesquelles un juge tranche à la suite d'une délibération motivée. Ainsi à côté du raisonnement strictement rationnel de la logique formelle, il existe aussi une logique du raisonnable et du préférable qui commande à la fois le fonctionnement

1. Pour une comparaison entre Perelman et ces auteurs, V.T. Gil, « La 'Diskursethik' et la théorie de l'argumentation de Ch. Perelman : deux conceptions différentes de la rationalité pratique », in G. Haarscher, *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 331-342. V. aussi R. Laufer, « Actualité de l'empire rhétorique », in G. Haarscher, « Chaïm Perelman et la pensée contemporaine, *op. cit.* », pp. 77-108 ainsi que du même auteur « Rawls, Dworkin, Perelman, fragments d'une grande argumentation », *Philosophie*, 1990, n° 28, pp. 68-94.

2. Sur cette dimension de la pensée de Perelman V. le recueil de ses articles publiés dans *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990. V. également *Revue internationale de philosophie* 1979, n° 127-128, n° spécial consacré à *La Nouvelle rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman* et aussi G. Haarscher & L. Ingber (éd.), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1986, G. Vannier, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle rhétorique de Perelman, op. cit.* M. Meyer, *Perelman. Le renouveau de la rhétorique*, Paris, Puf, 2004, Chr. Atias, « Perelman et le droit. Le rendez-vous manqué du renouveau rhétorique », in Meyer, *Perelman. Le renouveau de la rhétorique, op. cit.* pp. 103-121, R. Alexy, « Chaïm's Perelman's Theory of Argumentation », in *A Theory of Legal Argumentation, op. cit.*, pp. 155-173.

3. L'auditoire, défini comme « l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation » est une notion clé dans la doctrine de Perelman, V. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique op. cit.* 3^e éd., 1970, pp. 25 et s. et sur l'auditoire universel, pp. 40 et s. Tout particulièrement ce qui compte le plus pour un théoricien du droit, n'est pas la persuasion d'un auditoire limité mais celle d'un auditoire universel qui ne peut être convaincu que par le « caractère contraignant des raisons fournies, de leur évidence, de leur validité inter temporelle et absolue, indépendante des contingences locales ou historiques » (*Traité de l'argumentation, op. cit.* p. 41). Comme le note G. Vannier, « La notion d'auditoire universel semble constituer l'aboutissement de la Nouvelle rhétorique, car elle permet de considérer la rationalité philosophique sous l'angle rhétorique. » Ce qui n'est pas sans soulever diverses difficultés (Vannier, *op. cit.*, pp. 84 et s.). Et V. George C. Christie, *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

du raisonnement judiciaire et celui de la raison pratique, autrement dit qui commande le fonctionnement uni de la raison dans ses deux branches de l'éthique et du droit¹.

De cette façon il retrouvait une distinction ancienne établie par Aristote dans les deux traités des *Topiques* et de la *Rhétorique* qui permet de raisonner sur l'action humaine dans un cadre logique qui n'est pas celui de la science mais qui est justifié lorsqu'on se situe dans le monde des valeurs et du droit. On sait que Perelman allait consacrer de nombreux travaux à l'étude des raisonnements dans ces deux domaines. Il systématisera les conclusions auxquelles il est arrivé dans son *Traité de l'argumentation*, où il développera une théorie qu'il nomme la *Nouvelle rhétorique* qui renoue avec Aristote par-dessus les trois ou quatre siècles d'exclusion découlant de la victoire du cartésianisme sur les tenants d'une rhétorique classique déconsidérée².

En étudiant la façon dont les juges raisonnent, Perelman montre l'importance accordée aux « lieux » ou « topiques juridiques » i.e. à des principes élémentaires qui sont présents en tout droit, tirés ou non (historiquement) du droit romain, et se présentant sous la forme d'adages juridiques qui offrent la possibilité aux juges de « fournir des raisons permettant d'écarter des solutions non équitables ou déraisonnables, dans la mesure où celles-ci négligent des considérations que ces lieux permettent de synthétiser et qui s'intègrent dans une vision globale du droit comme *ars aequi et boni*.³ »

Perelman consacra non seulement plusieurs ouvrages mais aussi les activités de son *Centre d'études de logique juridique* de Bruxelles à l'étude de ces topiques tirés de l'analyse de la pratique judiciaire, et qui sont à la base du raisonnement convaincant dans le domaine du droit et de la morale. Il établit ainsi la possibilité d'une méthodologie juridique à la disposition des juges qui ne se trouvent donc pas dans ce *no man's land* normatif qu'imaginent les réalistes-sceptiques lorsqu'ils sont amenés à trancher des problèmes soumis à leur examen. Comme l'écrit Perelman :

« Le grand avantage des topiques juridiques consiste dans le fait que, au lieu d'opposer dogmatique et pratique, ils permettent d'élaborer une méthodologie juridique qui s'inspire

1. Cette thèse est défendue par Perelman dans la plupart de ses écrits. Citons par exemple la conclusion de son grand ouvrage écrit avec Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, *op. cit.* p. 682 : « Seule l'existence d'une argumentation, qui ne soit ni contraignante ni arbitraire, accorde un sens à la liberté humaine, condition d'exercice d'un choix raisonnable. (...) C'est grâce à la possibilité d'une argumentation, qui fournit des raisons, mais des raisons non-contraignantes, qu'il est possible d'échapper au dilemme : adhésion à une vérité objectivement et universellement valable, ou recours à la suggestion et à la violence pour faire admettre ses opinions et décisions. Ce qu'une logique des jugements de valeur a en vain essayé de fournir [...] la théorie de l'argumentation contribuera à l'élaborer, et cela à partir d'une analyse de ces formes de raisonnement qui, quoiqu'indispensables dans la pratique, ont été négligées, à la suite de Descartes, par les logiciens et les théoriciens de la connaissance. »

2. L'introduction au *Traité de l'argumentation* (*op. cit.*, pp. 3-13) est consacrée aux rapports entre la Nouvelle rhétorique et celle des Anciens. V. aussi G. Vannier, *Argumentation et droit*, *op. cit.*, pp. 44-56 (tout particulièrement les rapports avec Aristote).

3. Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 87 et s.

de la pratique et guident les raisonnements juridiques qui, au lieu d'opposer le droit à la raison et à la justice, s'efforceront au contraire de les concilier.¹ »

Les topiques permettent une assez grande liberté d'interprétation du fait de leur caractère vague. Ce n'est pas, cependant, une raison de les rejeter sauf si on continue à traiter le raisonnement en droit comme si 'il s'agissait de logique formelle. Les topiques doivent être combinés entre eux, délimités, interprétés, ils donnent au juge une liberté certaine dans la lecture qu'il opère de la loi, mais ils ne lui donnent pas toute liberté, toute discrétion, tout arbitraire dans sa lecture. Celle-ci doit être correctement motivée et susceptible d'entraîner l'adhésion d'un auditoire où chacun est supposé ouvert à une argumentation raisonnable².

Il existe donc pour Perelman des règles, des méthodes, des arguments, que le juge doit prendre en compte en toute hypothèse et qui sont autant de contraintes interprétatives qui s'exercent sur lui. Il construit à partir de là une logique de l'argumentation qui fait appel à la prise en compte des topiques juridiques, mais aussi à la détermination de l'auditoire auquel on s'adresse, et aux techniques argumentatives auxquelles le juge a recours pour parvenir à donner un sens à la norme qu'il s'apprête à appliquer dans le cas qui lui est soumis. Ainsi il existe bien une règle du jeu interprétatif que le juge ne peut ignorer s'il souhaite convaincre ses semblables (les autres juges qui lui sont supérieurs dans la hiérarchie, ou les autres juges ses égaux ou même ses inférieurs sur lesquels il peut avoir une influence jurisprudentielle) mais aussi, les particuliers, la doctrine juridique et ultimement un auditoire universel qui n'est autre que celui des dieux dans la philosophie de Platon, i.e. la raison.

Par conséquent parvenir à un jugement « équitable et raisonnable » n'est pas une simple « idéologie » dépourvue de toute signification juridique et éthique, c'est la finalité même d'un système juridique dans une société régie par le droit. D'où encore l'analyse minutieuse des techniques d'interprétation judiciaires auxquelles les sceptiques n'accordent aucune valeur si ce n'est de camouflage. Ce sont ces techniques qui s'expriment dans des maximes et adages et autres principes, qui permettent au juge de conduire « correctement » (et non de façon arbitraire) le raisonnement judiciaire afin de parvenir dans chaque cas à une solution « équitable, opportune, socialement utile.³ »

Ce sont là les considérations qui guident, chez Perelman, le fonctionnement de la raison pratique tant dans son domaine moral que dans son domaine juridique. Les deux se tiennent de façon indissociable. C'est pour établir une rationalité des jugements de valeur que Perelman étudie le fonctionnement du

1. Perelman. *Traité de l'argumentation*, op. cit., pp. 112 et s., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit. p. 96, G. Vannier, *Argumentation et droit*, op. cit., pp. 134 et s. Nul doute que F. Müller et R. Dworkin souscrivent à ce programme perelmanien.

2. V. infra la conception que se fait Dworkin de ce qu'il appelle les « principes » qui malgré leur caractère vague (ou même grâce à ce caractère) jouent un rôle essentiel dans les raisonnements des juges tout particulièrement dans les cas dits difficiles.

3. *Logique juridique op. cit.*, p. 37 et p. 84.

raisonnement judiciaire. Mais c'est aussi pour permettre la prise en compte des valeurs dans le droit et tout spécialement de la valeur justice que Pérelman récuse les théories du droit telles que celles de Kelsen et des réalistes qui écartent toute rationalité de la raison pratique.

Appelé à participer aux *Mélanges Kelsen* en 1964, Perelman dès le début de son texte marquait ce qui de façon fondamentale l'opposait au maître de Vienne en écrivant :

« [S]i on prend en considération la théorie kelsenienne de l'interprétation peut-on encore parler sérieusement d'une décision raisonnable, d'un jugement bien motivé, d'un choix justifié, d'une présentation fondée ? Et si de pareilles assertions ne sont que des rationalisations destinées à tromper les naïfs, toute vie sociale exprime-t-elle autre chose que des rapports de forces, et la philosophie pratique sert-elle à autre chose qu'à couvrir d'un manteau de respectabilité ce que les intérêts et les passions imposent par la contrainte ?¹ »

On est donc là aux antipodes de la théorie réaliste des contraintes qu'exercent entre eux les divers acteurs du système juridique sans qu'aucune attention ne soit portée aux contraintes interprétatives internes qui s'exercent sur le juge dans son rapport avec le texte du droit. En fait tout l'enjeu de la philosophie du droit se trouve concentré ici et renvoie à des prises de position plus profondes encore : la vie du droit est-elle l'expression d'une vaste supercherie qui ne vise qu'à camoufler les rapports de force de toutes espèces, ou peut elle être cet espace qui dans un État de droit et dans une société démocratique permet d'établir des rapports pacifiques, un État dans lequel la recherche de la justice a un sens pour les juges ne serait-ce que dans le sens le plus simple et le plus fondamental qui est celui de l'honnêteté et de l'objectivité.

Friedrich Müller et la méthode juridique

Nous devons à Olivier Jouanjan la traduction en français de l'ouvrage de Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique* (Paris, Puf, 1996) où cet auteur, professeur émérite à l'Université d'Heidelberg, développe une théorie extrêmement subtile et complexe, qu'il dénomme « théorie structurante du droit »².

1. Ch. Perelman, « La théorie pure du droit et l'argumentation », in Salo Engel (ed.) *Law State and International Legal Order. Essays in Honour of Hans Kelsen*, op. cit., pp. 226-232, p. 228.

2. Pour une analyse des idées de F. Müller, V. O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie 'post-positiviste' du droit », *Critique*, n° 642, 2000, pp. 940-956. Outre la présentation qu'O. Jouanjan fait de F. Müller dans sa « Présentation du traducteur » dans *Discours de la méthode juridique*, (pp. 5-34), on pourra se reporter également à ses articles « Faillible droit », *Revue européenne des sciences humaines et sociales*, 2000, n° 119, XXXVIII, pp. 65-78 (disponible en ligne) ; « Nommer/normer, Droit et langage selon la Théorie structurante du droit », *Le Temps des savoirs*, 2000, n° 1, « La dénomination », Paris, Odile Jacob, pp. 39-60. F. Müller, après avoir rejeté le kelsenisme tant dans sa forme classique (V. « Faillible droit » p. 68 : Kelsen 'a achevé le positivisme

Bien que cette théorie soit très différente de celle de Perelman on peut relever cependant certaines *préoccupations communes* s'agissant tout particulièrement de la fonction du juge (constitutionnel plus particulièrement chez Müller) et de son rôle dans le processus d'application des normes et donc des contraintes qui s'exercent sur lui dans ce processus. Et la première de ces préoccupations, pour les deux auteurs, est d'échapper au nihilisme interprétatif, ce que Hart appelait le « cauchemar réaliste.¹ » Pour Müller comme pour Perelman il s'agit de penser l'intervention du juge non pas selon le modèle d'une décision discrétionnaire mais comme un processus dans lequel la confrontation entre le juge et le texte à appliquer (loi, constitution ou autres) peut faire l'objet d'une méthode susceptible d'être comprise en raison.

Un autre trait commun aux deux auteurs est de partir de la pratique des tribunaux (et pour Müller de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe) pour en induire de façon critique, la meilleure théorie qui rende compte de cette pratique². Et dans les deux cas c'est aussi (mais pas uniquement) la *Théorie pure* de Kelsen qui est visée du fait de son approche réputée déductive, partant d'une conception abstraite du droit, et qui serait ainsi condamnée à ignorer la réalité des choses.

La théorie structurante du droit a pour ambition de comprendre ce qui se passe à l'intérieur même du cadre général d'interprétation au seuil duquel s'est arrêté Kelsen ou dans ce *no man's land* normatif des réalistes-sceptiques pour lesquels il n'y a rien voir, ou du moins, rien de juridique³.

Ce qu'il y a donc encore de commun entre Perelman et Müller est le rejet de l'idée que la décision du juge sur un cas qui lui est soumis serait, pour

classique⁴) que dans son avatar de la théorie réaliste de l'interprétation, présente la *Théorie structurante du droit* comme un changement radical dans la théorie juridique en rejetant, par exemple la distinction du *Sein* et du *Sollen*, en récusant la notion d'application du droit qui suppose une vision essentialiste de la mise en œuvre du droit et en la remplaçant par la notion de « concrétisation » définie de façon tout à fait particulière comme « mode de production de la norme qui résulte d'un travail effectué sur les textes et sur les faits » (pp. 75-76). Ce que cela signifie et comment cela fonctionne est, pourrait-on dire, l'objet du *Discours de la méthode juridique*. V. aussi O. Jouanjan et F. Müller *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'université Laval, 2007 qui reprend trois articles d'O. Jouanjan et un de Müller.

1. H.L.A. Hart « American Jurisprudence through English Eyes : The Nightmare and the Noble Dream », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144.

2. O. Jouanjan souligne que « le point de départ fondamental de la théorie structurante du droit est à situer dans son procédé inductif. [Elle] s'efforce de partir, de manière inductive, des problèmes pratiques. ». Mais, et cela est original, la prise en compte de la pratique ne signifie pas coller aux faits sans aucun préalable. La pratique juridique est méthodiquement structurée par la constitution et par la loi qui interdisent « d'élever la pratique réellement suivie en quasi-norme ou pseudo-norme ». C'est cette structuration qui fournit le point critique à partir duquel la pratique « peut-être à la fois observée et appréciée. » (*Discours de la méthode juridique*, op. cit., pp. 12-13).

3. O. Jouanjan cite Müller disant : « Là où Kelsen pensait devoir s'arrêter, là commence le travail », *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 7.

repandre l'expression de Müller « libre, arbitraire, a-juridique¹ ». Il existe pour lui comme pour Perelman, une *méthode juridique* qui permet d'aborder un texte et de l'interpréter de façon objective pour en dégager le sens. Pour comprendre cette méthode il faut examiner la façon dont travaille et raisonne le juge, car il est exclu que celui-ci opère sans une rationalité dont il est possible de rendre compte. Et dans cette rationalité il faut inclure la nécessité pour le juge d'assurer le respect de la constitution et de l'État de droit qui lui interdisent de se substituer au législateur et encore plus au constituant. Les deux auteurs défendent ainsi l'idée qu'il existe une méthodologie de la mise en œuvre du droit par le juge et que cette méthodologie est connaissable et susceptible d'être exposée de façon rationnelle².

S'agissant de Müller, deux points doivent être relevés quant à sa méthode juridique. Le premier est sa conception, originale et complexe, des normes. Il distingue trois étapes et trois types de normes dans le processus de production des normes qu'il appelle « concrétisation ». Ce concept est peu présent dans la doctrine française mais bien connu dans la théorie juridique allemande³. Il revêt cependant chez Müller un sens particulier. À la base il y a le « texte de norme », i.e. le texte qui « dirige et limite les possibilités légales et légitimes de la concrétisation correcte du droit à l'intérieur du cadre qu'il trace ». Le point important, et Müller y revient plusieurs fois, est que le texte ne contient pas en lui-même la normativité⁴. C'est à partir de ce texte de norme que le juge produit par un travail de « concrétisation » la norme juridique générale elle-même⁵. Et dans un troisième temps et par application de la norme au cas d'espèce qui lui est soumis il produira une norme-décision répondant à ce cas d'espèce.

Ainsi, la concrétisation n'est pas une opération consistant à adapter une norme générale au cas particulier mais un travail sur un texte de norme, par exemple telle loi votée par un parlement, pour produire à partir de ce texte de norme, une norme générale qui fera encore l'objet d'une individualisation par création d'une norme-décision.

Müller insiste sur la différence entre la notion d'interprétation du droit telle que celle-ci est utilisée en général dans la théorie du droit et sa notion de

1. *Ibid.*, p. 225

2. O. Jouanjan, dans « Faillible droit », supra n.30, note 29, semble récuser l'appartenance de Müller au courant de la « méthodologie interprétative », ce que suggérait O. Cayla. La méthode de Müller est certes très différente de celle de Perelman comme elle n'a rien à voir avec celle de Dworkin. Mais ce qui nous semble important et qui permet au-delà des différences de rapprocher ces auteurs, c'est le souci d'éviter de penser le travail du juge dans des termes nihilistes. Sur les rapports entre méthodologie juridique et théorie du droit chez Müller, V. O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie 'post-positiviste' du droit », *op. cit.* supra n.33, pp. 942 et s.

3. Et même de la philosophie allemande V. H. G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1996, p. 352 qui renvoie à Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung* (1953).

4. *Ibid.*

5. Müller écrit que « la norme juridique en tant que principe porteur de la décision, doit à chaque fois d'abord être produite par le travailleur du droit », *Discours de la méthode juridique*, p. 183

concrétisation. Certes, écrit-il « l'interprétation du texte de norme est l'un des éléments les plus importants du processus de concrétisation. Mais elle n'est que l'un de ces éléments¹ ». Müller soutient que le juge auquel un cas est soumis

« (...) ne se contente pas de subsumer, d'appliquer un commandement donné à l'avance, il ne se borne pas à simplement interpréter, au sens de l'explication de texte. Il élabore au contraire tout d'abord, en partant du texte de norme et des circonstances de l'espèce, une norme juridique générale qui, d'un point de vue typologique, concerne l'espèce donnée. À la suite de quoi il aiguise cette norme en vue de l'espèce qui doit être tranchée, l'individualise en norme-décision. La concrétisation de la norme juridique est donc d'abord création d'une norme juridique générale qui n'existe pas encore². »

Et par conséquent, la concrétisation

« ne désigne nullement la réduction d'une norme générale donnée au dimension du cas d'espèce [comme c'est souvent le cas chez d'autres auteurs] mais la production d'une norme juridique générale dans le cadre de la solution d'un cas déterminé³. »

Ce travail de production n'est en aucune façon une simple répétition d'un contenu voulu par le législateur et qui serait déjà présente dans le texte de norme. Celui-ci est le point de départ du processus de concrétisation qui aboutit à une norme juridique à la fois générale et concrète parce que délimitée à partir du cas soumis au juge et qui aboutira à une norme-décision plus strictement concrète car entièrement centrée sur la résolution d'un cas d'espèce⁴.

F. Müller insiste sur le fait que ce travail de concrétisation ne signifie pas qu'il existait déjà dans ce qu'il appelle le texte de norme, une norme juridique latente et présente qu'il suffirait ensuite de concrétiser pour aboutir à une norme-décision.

« Au contraire, la norme juridique doit en tout état de cause d'abord être créée [à partir du texte de norme]. Lorsque cela s'est produit, la norme juridique qui représente le résultat d'un travail, une phase intermédiaire de la décision, est ensuite réduite en une norme-décision qui, la première, régit immédiatement le concret⁵. »

Mais du coup, ce schéma n'implique-t-il pas que c'est le juge et lui seul qui, étant le maître de ce processus de concrétisation, est aussi finalement le vrai législateur comme le veulent les réalistes-sceptiques ? Et de fait il y a une proximité étonnante entre certaines affirmations de Müller et l'école réaliste, tout particulièrement lorsqu'il propose « d'évacuer la conception traditionnelle

1. *Discours de la méthode juridique*, p. 204

2. *Ibid.* p. 222. Ainsi, comme le note encore O. Jouanjan « la norme n'est donc pas dans le texte mais elle est le résultat de sa concrétisation » (*ibid.* p. 14).

3. *Ibid.*, p. 222.

4. *Ibid.* p. 224.

5. *Ibid.* p. 224

d'une limite textuelle [de l'interprétation] [parce qu'elle] amènerait à assigner au texte de norme une force limitative donnée d'avance...¹ ». Mais Müller s'arrête net au moment où il pourrait basculer dans le nihilisme interprétatif et soutient fortement l'idée, comme on l'a dit, que « le processus [de concrétisation] n'est pas pour autant 'libre', arbitraire, a-juridique² ».

Il est possible, en effet, de produire un schéma théorique montrant comment le processus de concrétisation est « une démarche méthodiquement régulée qui [peut] être rationnellement exposée et reproduite. Les éléments normatifs du travail juridique sont en conséquence toujours seulement ses résultats : la norme juridique comme résultat intermédiaire, et la norme-décision comme résultat final.³ » En toute hypothèse la norme résulte d'un travail d'élaboration qui n'est pas arbitraire, qui ne traduit pas un caprice imprévisible du juge⁴, et qui n'est pas un camouflage, mais quelque chose qui a une objectivité scientifique puisqu'elle peut être exposée et reproduite.

Cette position est en outre la seule qui soit conforme à l'existence d'un État de droit et à la séparation des pouvoirs car le juge ne peut d'aucune façon être législateur. Il faut en effet concevoir que la constitution offre au juge des « compétences de concrétisation du droit et de décision d'espèce obligatoire... » mais qui ne sont en aucun cas identiques aux compétences accordées au législatif et à l'exécutif⁵. Le juge reste un serviteur de la constitution et de la loi et il lui est interdit d'agir comme le ferait un juge tropérien sceptique – sauf que celui-ci par prudence et par connaissance du jeu des contraintes qui s'exercent sur lui statuera comme un juge perelmanien ou müllerien tout en gardant son compte à soi.

À quoi il faut ajouter que Müller ne se contente pas de présenter une théorie de la concrétisation et une méthodologie juridique générale, il cherche à démontrer, dans le détail et avec minutie, son caractère opératoire et sa puissance explicative à partir du droit constitutionnel allemand. Naturellement la discussion reste ouverte quant au caractère satisfaisant de sa construction théorique. Nous avons du mal personnellement avec le triptyque texte de norme, norme juridique générale, norme-décision et aussi avec d'autres notions importantes du *Discours de la méthode juridique* comme celui de « précompréhension juridique » et de son rôle dans le processus de concrétisation des normes⁶.

1. C'est la phrase sur laquelle se termine le *Discours de la méthode juridique* (p. 385) et qui exprime donc une idée force chez Müller.

2. *Discours de la méthode juridique, op. cit.* supra p. 225.

3. *Ibid.* p. 225

4. Pour certains réalistes américains, dit-on, un jugement pourrait tout aussi bien s'expliquer par ce que le juge aurait mangé au petit-déjeuner.

5. *Ibid.* p. 223 et les citations données par O. Jouanjan p. 13 n.33 qui cite parmi les principes généraux de rang constitutionnel « le principe de soumission du juge à la loi (qui lui interdit de pratiquer le nihilisme méthodologique), le principe démocratique (qui veut que les textes des normes soient établis par le législateur démocratiquement légitimé et non par le juge) et [...] enfin le principe d'égalité devant la loi sous sa figure traditionnelle d'égalité dans l'application de la loi. »

6. *V. Discours de la méthode juridique, op. cit.*, pp. 215-220

De même Müller insiste à plusieurs reprises sur le fait que la norme n'est pas contenue dans le texte d'une telle façon que l'interprète n'aurait qu'à la découvrir toute prête à servir (une découverte en quelque sorte platonicienne d'une norme déjà là dans le texte) mais que c'est le travail de concrétisation qui va produire la norme générale. Mais ce travail est effectué par le juge et qui peut garantir que celui-ci ne concrétise, i.e. finalement ne produise, une norme qui aux yeux d'autres acteurs juridiques ou aux yeux ordinaires des sujets de droit, serait en contradiction flagrante avec ce que semble dire le sens simple du texte ? On retrouve ici ce que l'on pourrait appeler la tentation nihiliste de Müller mais que celui-ci rejette encore une fois. Il considère en effet que le texte constitue une « limite de la concrétisation de la norme ». Autrement dit, on ne peut pas faire dire au texte « n'importe quoi » :

« [L]e texte trace les limites extrêmes des différents sens possibles qui peuvent être fonctionnellement soutenus et constitutionnellement autorisés.¹ [...] Les décisions qui transgressent manifestement la lettre d'un texte de norme sont irrégulières. Cela vaut, bien que la norme et le texte de norme ne soient pas identiques et bien que le texte de norme n'ait à l'égard de la norme juridique et de la norme-décision établies dans le cas individuel qu'un effet indicatif car cela vaut non pas pour des raisons tirées de la théorie de la norme ou de la méthodologie, mais pour des raisons normatives liées au principe de l'État de droit. » Et il ajoute de façon très significative : « (...) la fonction du texte de norme en tant que limite extrême de la formation possible du droit (*mögliche Rechtsbildung*) doit être maintenue.² »

Ailleurs Müller présente le concept de « programme » normatif » qui est dégagé de « [l]'interprétation de l'ensemble des données linguistiques, c'est-à-dire l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues... » ainsi que le concept de « champ normatif » qui viennent canaliser et limiter le pouvoir absolu de l'interprète³. Il s'agit là de concepts difficiles et dont la force heuristique ne nous paraît pas évidente. Et plus généralement nous pose

1. *Discours de la méthode juridique, op. cit.*, p. 240.

2. *Ibid.*, pp. 240-241. On notera que dans la *Théorie générale des normes*, comme dans la *Théorie pure du droit*, pp. 340 et s.) Kelsen, comme on l'a déjà dit, s'oppose aux réalistes américains sur l'idée que tout droit est d'origine jurisprudentiel (*all law is judge law*). Réagissant sur une phrase de Morris R. Cohen qui affirmait que dans l'affaire *Marbury c. Madison* (1803) le juge Marshall n'a pas été le commentateur de la Constitution mais son « auteur et créateur », Kelsen réplique que dans cette affaire « Marshall n'a pas interprété la constitution, mais sous le prétexte de son interprétation, a pris des décisions qui ne sont pas conformes à la Constitution prétendument interprétée, et qui, acceptées durablement, ont conduit à une modification coutumière de la constitution. », *Théorie générale des normes*, Paris, Puf (Leviathan) 1996, p. 562. Il existe donc des interprétations justes et d'autres qui ne le sont pas ou dans le langage de Müller il y a bien une limite au sens que l'on peut donner à un texte. Pour une problématique américaine sur cette question V. M. Rosenfeld, *Les interprétations justes*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2000.

3. *Ibid.*, pp. 45-46. On pourrait voir dans « [l]'interprétation de l'ensemble des données linguistiques » quelque chose de semblable à un cadre d'interprétation au sein duquel l'interprète est encore tenu par « les aspects factuels des normes juridiques qui sont (...) supposées convenir » et qui constitue le « champ de l'espèce ». Mais nous avons du mal à saisir le sens exact de ces notions de champ de l'espèce ou de champ factuel.

problème le concept de norme de texte lui-même, particulièrement important car c'est lui qui est le point de départ et le fondement de la construction trinitaire des normes et c'est lui qui permet de surmonter « la vieille assimilation de la norme juridique au texte de norme, assimilation qui représente le noyau théorique de la doctrine positiviste de l'expression textuelle¹ »

Mais il ne s'agissait ici que d'informer sur une tentative solide de penser les contraintes argumentatives d'un point de vue interne en opposition au simple jeu des contraintes externes telles que nous les présentent Michel Troper et son courant de pensée. Le point important nous semble-t-il dans le rapprochement de Perelman et Müller, deux auteurs évidemment différents, est que tous deux défendent l'idée qu'il existe une méthodologie de la mise en œuvre du droit par le juge et que cette méthodologie est connaissable et susceptible d'être exposée de façon raisonnablement convaincante.

DWORKIN ET LA THÉORIE HERMÉNEUTIQUE DU DROIT

Il nous faut maintenant aborder les auteurs du courant herméneutique, i.e. ceux qui partant de l'herméneutique comme « théorie générale de la compréhension et de l'interprétation des textes »² élèvent l'herméneutique au niveau d'une théorie ontologique et universelle du rapport au monde. Il est remarquable de constater que la plupart des grands noms de l'herméneutique philosophique (Gadamer, Habermas, Ricœur) ont intégré dans leurs réflexions la dimension de la philosophie du droit, ce qui n'est guère fréquent dans l'histoire de la philosophie³.

1. *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.* p. 183. Perelman et ses travaux ne sont pas mentionnés par Müller dans *Le Discours de la méthode juridique*, (ni par Dworkin mais qui ne cite guère grand monde). On trouve dans quelques endroits l'usage du mot « rhétorique » de façon péjorative V. p. 36 n.1 : « On sait que les textes des décisions juridiques offrent, afin de paraître plausibles, à côté des arguments, des figures de style rhétoriques. » Faut-il comprendre qu'il y a de bons arguments et d'autres qu'on appelle rhétorique ? O. Beaud dans « Repenser la démocratie constitutionnelle » *op. cit.*, suggère que l'hostilité de Müller à l'égard de la rhétorique juridique s'expliquerait par son « aspiration constante à la rationalisation du droit. » (*op. cit.* p. 955). On ne voit pas que les positions de Perelman ou de MacCormick ou d'autres partisans d'une compréhension rhétorique de la théorie du droit soient anti rationalistes à moins que l'on s'en tienne à la logique formelle et qu'on rejette l'idée d'une logique argumentative du raisonnable et du préférable.

2. H.G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, Éditions du Seuil, 1996, p. 347

3. Pour Ricœur V. « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique » in P. Amselek, *Interprétation et droit*, Bruxelles, Aix en Provence, Bruylant, PUAM, 1995, pp. 177-188) ; pour Habermas, *Droit et morale* (Tanner Lectures (1986), Paris, Seuil, 1987 et V. aussi, O. Höffe, « Sur la théorie du droit et de l'État de Habermas », *Archives de philosophie du droit*, 1995, t. 39, pp. 319-333, et Y. Cusset, *Habermas. L'espoir de la discussion*, Paris, Michalon, pp. 96-117 ; pour Gadamer, qui défend l'idée que l'herméneutique juridique et l'herméneutique théologique sont « le véritable modèle » à suivre pour l'herméneutique des sciences de l'esprit (*Vérité et méthode*, p. 333).

C'est ainsi que Gadamer a reconnu, à plusieurs reprises, la dette qu'il avait vis-à-vis de Perelman, tout particulièrement, pour sa réhabilitation de la rhétorique¹ et ses analyses sur la justice. On voit donc un auteur majeur du courant herméneutique philosophique se rattacher en même temps à l'école de la rhétorique et de l'argumentation en droit. On sait aussi qu'Habermas fait de l'exigence de l'argumentation un des fondements majeurs de sa philosophie morale et politique². De même encore F. Müller, s'il prend bien garde d'affirmer l'autonomie de sa méthodologie juridique par rapport à l'herméneutique philosophique, n'en garde pas moins un rapport intellectuel avec celle-ci³.

Il faut ici rappeler ce que nous avons dit en commençant, sur le caractère enchevêtré des courants rhétorique et herméneutique, car tous les auteurs interprètent et tous argumentent. On peut dire cependant que les auteurs du courant rhétorique veulent développer une véritable méthodologie de l'application du droit avec des arguments qui en appelle à la logique, aux canons d'interprétation mais aussi à l'histoire, la linguistique etc., alors que les auteurs du second courant ont de l'interprétation une conception qui dépasse les simples techniques juridiques et logiques et en appellent à une vision plus large, plus politique et morale, plus philosophique et aussi historique, que les premiers. Et pour le dire de façon à la fois concrète et subjective : si on ouvre d'un côté, un livre de Perelman (par exemple sa *Logique juridique*) ou de Müller (le *Discours de la méthode juridique*) et de l'autre un ouvrage comme *L'Empire du droit* de Dworkin, on perçoit très bien que ces auteurs sont à la fois dans le même monde de la théorie du raisonnement juridique, mais pas sur le même continent de pensée et de façon de raisonner⁴.

Et puisqu'on vient de citer Ronald Dworkin, on continuera avec lui car c'est à cet auteur que l'on doit une prise de conscience majeure du fait que la théorie

L'auteur plaide pour la réintégration de l'herméneutique juridique dans la théorie générale de l'herméneutique, (pp. 350-351). Et V. aussi, p. 352 : « L'idée d'un ordre juridique implique que la sentence du juge ne procède pas d'un caprice imprévisible, mais de la juste estimation de l'ensemble. » Pour une comparaison de l'herméneutique de Dworkin avec celle d'Habermas, V. P. Bouretz, « Interprétation, narrativité et argumentation », in S. Wesche et V. Zanetti, (dir.), *Dworkin, un débat*, Bruxelles, éditions OUSIA, Paderborn, Mentis Verlag, 1999, pp. 129-164. Pour le développement de certaines idées de P. Bouretz, V. J. Allard, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.

1. Sur les rapports doctrinaux entre Gadamer et Perelman V. F.J. Mootz III, *Law, Hermeneutics and Rhetorics op. cit.*, pp. 159-173.

2. J. Lenoble « Droit et communication : J. Habermas », in P. Bouretz (dir) *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, pp. 163-190, p. 171.

3. F. Müller écrit : « La 'méthodologie structurante' est une méthodologie juridique. Elle ne se propose pas de transposer à la science juridique l'herméneutique philosophique, et ce même si dans cette dernière la science du droit peut être entendue comme exemplaire du point de vue de 'l'application' et de la 'précompréhension' », *Discours de la méthode juridique, op. cit.*, p. 237.

4. Joseph Raz, un auteur important et très mal connu en France, nous semble être à la lisière entre les rhétoriciens et les tenants de la théorie de l'interprétation. V. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

de l'interprétation judiciaire est la théorie centrale de toute théorie du droit et c'est à son propos qu'on a parlé du « tournant herméneutique » de la théorie du droit (comme on a parlé de tournant rhétorique pour Perelman¹).

Pour comprendre comment se pose le problème des contraintes de l'argumentation chez Dworkin, il faut rappeler, très rapidement et *en simplifiant à l'extrême*, les éléments majeurs de sa doctrine, à savoir : a) que tout système juridique comporte trois types de « standards », les règles, les principes et les politiques b) qu'il existe en tout ordre juridique des cas litigieux difficiles à traiter par les juges et ce qui s'ensuit, c) que les standards, et tout particulièrement les « règles » et les « principes » ne fonctionnent pas de la même façon d) qu'une métaphore narrative peut rendre compte du travail opéré par les juges e) que ceux-ci mettent en œuvre différents « tests » lorsqu'ils jugent une affaire f) qu'Hercule, juge aux qualités intellectuelles supérieures, existe qui montre comment tout juge doit prendre en compte la totalité de son droit, ses standards, ses tests et comment il doit concevoir le droit comme « intégrité » de façon à parvenir non pas seulement à une solution raisonnablement correcte d'un cas donné (comme le réclame une vision argumentative du travail du juge) mais à la seule et unique vraie réponse au problème posé par un cas donné qu'il soit facile ou même difficile².

Les trois types de standards

Il existe selon Dworkin, dans tout ordre juridique trois types de « standards », i.e. (si l'on rechigne à utiliser cette expression en français) trois types de propositions à valeur normative³.

- des *règles* de droit *stricto sensu* élaborées par le législateur ou toute autorité habilitée à édicter des règles,

1. Que toute théorie du droit comporte en son cœur une théorie de l'interprétation est aujourd'hui une idée largement acceptée. À l'opposé on se souvient des difficultés que Kelsen a eues pour positionner un chapitre sur l'interprétation dans sa *Théorie pure du droit*, qui finalement s'est retrouvé dans la deuxième édition de la *Théorie pure* à l'extrême fin de l'ouvrage sans que les conséquences théoriques de la prise en compte de l'interprétation aient été totalement élucidées. V. cependant la remarque d'O. Jouanjan que la question de la signification est immanente à toute la *Théorie pure du droit* qui commence par une définition de l'acte juridique comme signification objective conférée par le droit et se termine par une théorie de l'interprétation donc de la signification : « La Théorie pure du droit se boucle ainsi : sur la notion de signification qui l'ouvre et la clôt, à la bordure du système. », « Nommer/Normer. Droit et langage selon la 'Théorie structurante du droit' », *op. cit.*, pp. 54-55.

2. Pour une introduction à la doctrine de Dworkin V. les dossiers des deux premiers numéros de la revue *Droit et société* n° 1/1985 et 2/1986, avec en particulier les articles de R. Guastini, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, 2/1986, pp. 15-23, M. Troper, « Les juges pris au sérieux, ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et société*, 2/1986, pp. 41-52 (suivi d'une bibliographie). V. également le dossier Dworkin de la *Revue internationale de philosophie*, 2005 n° 3. Pour une approche plus large mais où Dworkin se trouve très présent, V. Julie Dickson, « Interprétation and Coherence », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2005) (en ligne).

3. Dworkin n'utilise guère le mot norme, alors que le mot « standard » met parfois le juriste français mal à l'aise.

- des *principes* qui sont des exigences dictées par « la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale »,
- des *politiques* qui sont des objectifs fixés par le législateur pour améliorer un aspect de la vie sociale ou économique de la population de l'État (par exemple faire baisser le nombre des accidents de voiture dans les dix prochaines années)¹.

Alors que les politiques et les règles sont du domaine du législateur, les principes sont développés par les juges, principalement lorsqu'apparaît un problème non prévu par les règles ou que celles-ci conduisent à des conclusions insatisfaisantes. Par exemple, un petit-fils peut-il hériter de son grand-père qu'il a assassiné dans ce but²?

Les cas difficiles

Dworkin construit sa théorie à partir de ce qu'il appelle les cas difficiles (*hard cases*), i.e. les hypothèses non prévues ou mal prévues par les règles et pour lesquelles même les positivistes stricts (comme Hart) qui interdisent aux juges toute activité qui ferait d'eux des législateurs, conviennent que dans ces cas là, le juge est bien un législateur d'appoint. Les règles ne disant rien d'approprié sur le problème posé, il n'y a pas de réponse ordonnée par celles-ci (hypothèse du *no answer*) et le juge le plus respectueux de la loi (disons le juge hartien) est habilité à statuer comme le ferait un juge tropérien.

C'est cette hypothèse que combat farouchement Dworkin. Même dans les cas les plus difficiles, soutient-il, le juge peut et doit avoir recours à des principes qui en appellent à « la justice, l'équité ou à une autre dimension de la morale » qu'il dégage et formule lui-même. Ces principes lui permettent de résoudre des cas là où les règles posées par le législateur sont insatisfaisantes à ses yeux. Tous les cas, faciles ou difficiles, peuvent ainsi être résolus par un travail d'interprétation faisant appel aux principes. Il y a donc toujours une réponse appropriée à un problème soumis au juge et celui-ci ne dispose jamais de la liberté que les réalistes invoquent dans tous les cas et que les positivistes tels Hart reconnaissent en cas de texture très lâche du texte de la règle.

Les règles et les principes ne fonctionnent pas de la même façon

Les règles édictées par le législateur ou toute autre autorité habilitée à produire des règles de droit, fonctionnent selon une logique du tout ou rien : ou

1. V. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Puf (Léviathan) 1995, *ibid.* pp. 79 et s.

2. C'était là le problème posé par l'affaire *Riggs c. Palmer* (1889) où un homme qui était l'héritier désigné par testament de son grand-père, assassine celui-ci pour toucher l'héritage. La Cour tout en reconnaissant que par application des règles existantes l'héritage allait à l'assassin, refusa de lui accorder l'héritage car « toutes les lois et tous les contrats sont soumis, en ce qui concerne leur mise en œuvre et leurs effets, aux maximes générales et fondamentales de la *common law* » d'où on peut tirer certains principes comme « personne n'est autorisée à profiter de sa propre imposture... » *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.* 1995, pp. 79-80. Et V. aussi Dworkin, *Une question de principe*, Paris, Puf, 1996.

bien elles sont applicables dans une affaire donnée et le juge doit les appliquer, ou bien elles ne sont pas applicables et il doit les ignorer. Les principes tout au contraire fonctionnent différemment : dans une affaire (difficile) plusieurs principes peuvent être évoqués qui sont dégagés du système juridique lui-même. Par exemple, nul ne peut profiter du préjudice qu'il a causé, tout droit peut faire l'objet d'abus, il faut assurer la sécurité juridique des transactions mais aussi la liberté contractuelle des personnes, il ne faut pas que les tribunaux soient utilisés pour assurer un avantage injuste et inéquitable mais les particuliers doivent pouvoir compter sur une stabilité des décisions judiciaires etc..

Lorsque deux règles sont en conflit, elles ne peuvent pas être valides toutes deux à la fois, lorsque deux principes, au contraire, s'opposent dans une affaire soumise au juge, il appartient à celui-ci de les confronter et de « peser » leur importance relative dans une affaire donnée.

« Quand deux principes entrent en conflit, écrit Dworkin, (la politique de protection des acheteurs d'automobiles, par exemple, s'opposant au principe de la liberté contractuelle) celui qui est chargé de résoudre le litige doit prendre en considération le poids relatif de chacun d'eux¹. »

Certes cette « pesée » ne se traduit pas par des mesures exactes (10 kg de sécurité juridique contre 5 kg de *nemo auditur*...) mais, soutient-il « cela fait partie du concept de principe que la question de l'importance du poids d'un principe ait un sens². »

On perçoit immédiatement l'importance inouïe accordée au travail interprétatif des juges. Ceux-ci sont amenés à tirer de la totalité du droit existant les principes qui sont latents (ou qu'ils considèrent être latents) dans leur système juridique. Une fois ces principes formulés ils devront en peser les « poids » respectifs pour savoir s'ils s'appliquent et dans ce cas, quel « poids » (quelle importance) il faut accorder à l'un par rapport à l'autre. Mais dans ce travail d'évaluation dont la subjectivité est évidente, les juges agissent-ils de façon purement arbitraire (en fonction de ce qu'ils ont bien ou mal déjeuné, pour reprendre un exemple célèbre donné par les réalistes américains) ? Ou bien existe-t-il des contraintes qui pèsent sur leur décision, et dans ce cas, des contraintes purement externes à la façon de nos réalistes français ou, également (et principalement) des contraintes internes ?

Pour Dworkin, comme pour Perelman et Müller, il existe des contraintes internes puissantes qu'aucun juge honnête ne peut ignorer (et dont, en général, ils se font gloire de respecter). C'est là le sens de l'énorme travail d'herméneutique et de rhétorique que chacun de ces auteurs met en œuvre et qui s'exprime dans la motivation des jugements (il est vrai bien plus longue et détaillée dans certains pays que dans d'autres) et qui (dé)montre le raisonnement qui a conduit un tribunal à adopter la solution juridique qu'il donne à un problème posé. Dworkin, pour ne parler que de lui, déploie un talent remarquable

1. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., pp. 84-85.
2. R. Dworkin, *ibid.*, p. 85.

en combinant les différents standards et en les combinant avec certains « tests » (intégrité, cohérence, unité) pour parvenir *in fine* à une solution à tous les problèmes soulevés même par les cas difficiles. Et cette solution est, pour Dworkin non seulement une solution possible mais la seule vraie, la seule juste.

Mais la distinction des trois types de standards n'est pas le seul outil dont dispose les juges pour parvenir à la solution vraie. C'est là que Dworkin introduit sa fameuse métaphore du roman écrit à plusieurs qui va lui permettre de dégager les contraintes internes qui pèsent sur un juge engagé dans un processus d'interprétation.

La métaphore du roman à la chaîne

Pour comprendre comment le juge conduit son travail interprétatif, Dworkin propose la métaphore du roman élaboré à plusieurs dans ce qu'il appelle le jeu de la chaîne narrative. Le principe en est simple et bien connu : le joueur A commence à raconter une histoire pendant un certain temps puis passe la parole à B pour le même temps, qui poursuit l'histoire puis passe la parole à C qui passe ensuite à D etc.¹

Dans la chaîne narrative ainsi construite très librement il y a cependant une *règle du jeu*, c'est-à-dire une contrainte, qui s'exerce sur les joueurs. Doit-on, en effet, considérer que chaque joueur raconte ce qui lui passe par l'esprit sans tenir aucun compte de ce que ses prédécesseurs ont dit ? Dans ce cas on aboutirait à une histoire aberrante, une histoire comme celle dont parle Shakespeare, dans *Macbeth*, « pleine de bruit et de fureur, qu'un idiot raconte et qui n'a pas de sens. » Or ce n'est précisément pas cela que le jeu de la chaîne narrative recherche.

Chacun vise au contraire, à construire une histoire sensée, unifiée alors même que les narrateurs sont multiples et libres. En effet, si ces narrateurs veulent prendre leur tâche au sérieux, ils doivent (c'est là l'esprit du jeu) essayer de construire une histoire sensée, intéressante et belle même. Chacun des intervenants doit prendre en compte ce qu'a fait le précédent et doit donner la meilleure suite possible à l'histoire compte tenu de tout ce qui a été déjà dit, ou comme l'écrit Dworkin :

« Chaque romancier veut bâtir un seul roman à partir des matériaux qu'on lui a donnés, de son apport personnel et (dans la mesure où il en a la maîtrise) de l'apport que voudront ou pourront ajouter ses successeurs. Il doit essayer d'en faire le meilleur roman possible que l'on puisse concevoir comme œuvre d'un auteur unique... »²

On voit que dans ce jeu chacun (à l'exception du premier joueur) est à la fois contraint par ce qui a déjà été dit et possède une certaine liberté pour orienter la suite du roman quand vient son tour de continuer l'histoire. Dworkin présente en détail les implications logiques qui gouvernent l'élaboration de la

1. V. R. Dworkin, *L'Empire du droit*, Paris, Puf, 1994, p. 251 et s. Dworkin invoque ailleurs pour la chaîne du droit « certains jeux de société pour week-ends pluvieux dans les maisons de campagne anglaises », *V. Droit et société*, 1985 n° 1, p.53a.

2. *L'Empire du droit op. cit.*, p. 252.

chaîne narrative et soutient que le travail interprétatif du juge s'apparente au travail de narration dans un roman à plusieurs mains. Il suffit de remplacer le roman en train de s'écrire par la jurisprudence en train de se faire y compris même dans ses revirements.¹

Les différents tests mis en œuvre par le juge

Le juge, lorsqu'il se trouve face à un cas difficile, doit considérer, nous dit Dworkin, « qu'il se trouve dans la position d'un romancier écrivant un chapitre nouveau dans la chaîne [de la *common law*] ». Son interprétation ne doit pas partir dans une direction totalement nouvelle et inattendue comme « s'il écrivait sur une ardoise complètement vierge ». Il sait que d'autres juges se sont (déjà) prononcés sur des affaires qui, sans être exactement identiques à celle qui leur est soumise, avaient néanmoins trait à des problèmes connexes, et il doit penser que leurs décisions font partie d'une histoire qu'il lui faut interpréter et continuer de façon à délivrer un jugement qui sera le meilleur possible parmi tous ceux qui auront pu constituer aussi un développement de la jurisprudence².

Dans le détail les choses sont très complexes. Le juge doit respecter certains impératifs qui commandent son travail d'interprétation, par exemple considérer que le matériau normatif sur lequel il travaille constitue une unité, ou encore la nécessité pour lui de prendre en compte ce que Dworkin appelle la morale politique de la communauté qui est constituée par les principes de justice, d'équité et de procédure équitable (*due process of law*). Il doit ce faisant adopter une attitude qui est de considérer et de rechercher l'attitude interprétative qui est conforme à ce qu'il appelle le « droit-intégrité » notion qui joue un rôle considérable dans sa construction théorique. C'est ainsi qu'il écrit :

« Le principe de délibération de l'intégrité recommande aux juges d'identifier droits et devoirs juridiques, autant que possible, en admettant qu'ils sont tous l'œuvre d'un créateur unique, la collectivité en personne, et qu'ils sont l'expression d'une conception cohérente de la justice et de l'équité³. »

Le droit comme intégrité que les juges doivent rechercher dans leurs interprétations demande que ceux-ci aient une conception cohérente du droit et

1. Pour une évaluation critique de l'analyse dworkinienne, V. G. Timsit, « Le roman à la chaîne. Les limites d'une métaphore », *Revue internationale de philosophie*, 2005 n° 3, pp. 393-411.

2. Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985 n° 1, p.55a. Nous citons ici le texte publié dans *Droit et société* et qui est censé traduire le chapitre VII de *Law's Empire*. Cependant aussi bien la version anglaise dont nous disposons que la traduction publiée aux Puf, *L'Empire du droit*, en 1994 ne correspond pas *verbatim* au texte de la revue. Il doit s'agir d'une version antérieure que nous citons néanmoins pour ses formules plus frappantes que celles de la traduction de 1994.

3. *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 247. Et V. Julie Dickson, « Interprétation and Coherence », *supra* n.67

qu'ils l'appliquent de façon à ce que tout nouveau jugement s'intègre correctement dans ce qui existe déjà et rende compte de la façon la plus juste possible à la fois de l'histoire de ce droit, de son évolution actuelle et même anticipe ce qui pourrait advenir dans le futur. Comme le précise Dworkin :

« Les juges qui acceptent l'idéal d'interprétation de l'intégrité statuent sur des cas difficiles en essayant de trouver, dans un ensemble cohérent de principes sur les droits et les devoirs, la meilleure interprétation constructive de la structure politique et de la doctrine juridique de leur collectivité. Ils essaient de rendre la meilleure possible cette structure et ce rapport complexe¹ »

Quant à la justice elle ne se résume pas à appliquer la loi comme celle-ci le souhaite (principe de légalité). L'équité doit toujours être une dimension qui s'ajoute à la loi. Le juge doit pouvoir y recourir lorsqu'il y a une lacune de la loi mais aussi lorsqu'une disposition légale existe bien mais semble mal s'appliquer au cas d'espèce. Et ceci peut se produire du fait que la loi est un énoncé général alors que le cas est toujours particulier, ou encore que la loi a été adoptée dans le passé alors que le cas reflète des conditions nouvelles que la loi n'avait pas envisagées. Dans toutes ces hypothèses, la tâche du juge est de se faire « l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été confronté au cas nouveau et difficile sur lequel le juge doit statuer.² »

Dworkin reconnaît qu'en présence d'un cas difficile la réponse du juge « dépendra de ses convictions sur les deux vertus qui constituent la morale politique [...] : la justice et l'équité.³ » Il reconnaît que les juges peuvent avoir des convictions différentes quant à l'importance respective à accorder à la justice par rapport à l'équité ou au due *process of law*. Et ces convictions dépendront aussi de ce qu'il croit être les convictions de la communauté, de son histoire, de ses traditions culturelles, des souhaits du peuple tels qu'il peut les apprécier⁴.

Tel juge pourra donner la préférence à la justice (telle qu'il la conçoit), un autre à l'équité et le même juge pourra, selon les affaires, donner successivement la préférence à l'un puis à l'autre. Il pourra y avoir des revirements de jurisprudence, comme celui de la Cour suprême dans l'affaire *Brown* (1954). Dans cet arrêt qui allait marquer le départ de la déségrégation dans le sud des États-Unis, la Cour suprême se décidait pour une nouvelle interprétation équitable du X^e amendement de la Constitution américaine et renversait son arrêt de 1896 (*Plessy C. Ferguson*) dans lequel elle avait accepté la ségrégation raciale sur la base, du principe « séparés mais égaux ». La Cour suprême a alors choisi de faire

1. *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 278.

2. V. dans un esprit voisin, l'article 1 du Code civil suisse : « § 1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions ; § 2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge se prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. § 3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

3. *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 272

4. *Ibid.*

prendre un tournant à sa propre histoire et à celle de sa communauté, même si une bonne partie de celle-ci n'y était pas encore prête¹.

Le juge dworkinien au moment de prendre sa décision, surtout face à un cas difficile, doit donc prendre en compte l'ensemble des standards que l'on vient de rappeler brièvement, pour rendre un jugement qui soit le meilleur par rapport à cet ensemble, qui convienne le mieux à son histoire, à sa morale à ses conceptions de la justice etc., de la même façon que le narrateur du roman à la chaîne doit donner la meilleure suite à l'histoire qui se construit. Et, comme on le sait, Dworkin n'hésite pas à soutenir qu'il existe en fait pour chaque cas une décision et une seule qui corresponde à la meilleure suite à donner à une jurisprudence existante.

L'existence d'Hercule

Il faut certainement, pour un tel travail d'interprétation un juge « d'une habilité, d'un savoir, d'une patience et d'une perspective surhumains » que Dworkin dénomme Hercule, un juge imaginaire et qui partagerait les conceptions de Dworkin sur la distinction des principes et des règles, sur le droit-intégrité, sur la morale, la politique etc.². Celui-ci reconnaît « qu'aucun juge réel ne peut parvenir vraiment à quelque chose qui soit très proche d'une interprétation complète de tout son droit » mais il considère que chaque juge sérieux imite Hercule de façon plus ou moins consciente. Et en effet, écrit-il : « un juge expérimenté aura suffisamment le sens du terrain entourant son problème immédiat pour savoir instinctivement quelle interprétation d'un petit nombre d'affaires... » doit être prise en considération pour continuer dans une certaine voie jurisprudentielle ou pour innover en tenant compte de tous les impératifs décriés³.

R. Dworkin présente une théorie de l'interprétation judiciaire qui va très au-delà de ce qui était envisagé jusque-là en dehors des réalistes américains mais dans un contexte radicalement différent⁴. Certes, tout comme Perelman

1. V. Dworkin, *L'Empire du droit*, *op. cit.*, pp. 30-32 et 412 et s. Cet exemple montre bien que dans l'esprit de Dworkin, le juge peut anticiper une évolution future des esprits et du droit en entérinant une solution pour laquelle une partie de la communauté nationale n'est pas encore prête.

2. V. *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 183 et aussi *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 262 Pour la très petite histoire, on remarquera que l'histoire de la chaîne narrative commence, comme un roman d'Agatha Christie, dans la campagne anglaise, un jour de pluie, et met en scène un juge (Hercule) qui hérite de toutes les qualités de perspicacité... d'Hercule Poirot.

3. V. Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1 985 n° 1, *op. cit.*, p. 59b. V. aussi F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », in P. Bouretz, *La force du droit*, *op. cit.*, pp. 241-272. On notera que l'horizon interprétatif de Perelman est l'auditoire universel (autrement dit la raison) alors que celui de Dworkin est Hercule, un juge surhumain. Il faudrait s'interroger sur les différences et les ressemblances entre ces deux horizons.

4. Dworkin considère que le scepticisme « exerce une emprise puissante sur les juristes » et qu'il constitue un défi pour sa théorie V. *L'Empire du droit*, pp. 84-97. Il distingue le scepticisme intérieur du scepticisme extérieur. Le premier se manifeste à l'égard de toutes les interprétations présentées en montrant que toutes sont fausses et

et Müller, le point de départ reste la pratique judiciaire qui permet d'inférer les principes qui gouvernent l'action des juges. Mais il ne s'agit plus de dégager simplement des principes de raisonnement juridique plus ou moins sophistiqués, il s'agit de la mise en œuvre de toute une stratégie interprétative dont on n'a donné ici qu'un faible aperçu seulement, et qui suppose des choix opérés par les juges entre des principes multiples, la plupart du temps extrêmement vagues, tout aussi bien juridiques, que moraux et politiques (en particulier importance dans le travail d'interprétation du caractère libéral et démocratique du système juridique dans lequel le juge opère et qu'il doit défendre).

Le caractère hautement subjectif d'une telle approche d'interprétation globale est évident mais Dworkin maintient qu'il y a ici un véritable ensemble de « contraintes interprétatives¹ » que les juges ne peuvent ignorer pour plusieurs raisons. La raison première en est que ceux-ci doivent motiver leurs décisions (leurs « opinions » comme on dit aux États-Unis où celles-ci sont en outre signées). Les juges doivent ainsi s'expliquer sur les raisons de leurs choix et montrer qu'ils reflètent la meilleure utilisation possible des différents critères qu'ils doivent prendre en compte. Ils peuvent aussi présenter des opinions dissidentes ou séparées s'ils ne sont pas en accord avec la motivation majoritaire et sa façon d'interpréter les règles et les principes en cause. Ces opinions dissidentes minoritaires pourront être reprises plus tard s'il se révèle qu'elles donnent une image plus exacte des caractéristiques politico-juridiques de la communauté².

Dans cette stratégie herméneutique Dworkin rompt tout aussi bien avec l'approche positiviste du droit personnifiée par Hart, qu'avec l'approche sceptique ou réaliste. Il reproche à Hart de ne pas reconnaître la nature triple des standards dans tout ordre juridique et de considérer que le droit ayant une texture ouverte, il existe toujours un niveau d'interprétation où le juge exerce son pouvoir d'interprétation de façon discrétionnaire³. S'agissant des « sceptiques » ou « réalistes », il vise par là les réalistes classiques (ou historiques) comme J. C. Gray ou J. Franck mais aussi les auteurs des *Critical Legal Studies* qui sont

cachent quelque chose. Quant au scepticisme extérieur il remet en cause la possibilité même d'une interprétation correcte.

1. V. *Droit et société*, 1985, *op. cit.*, p. 55b.

2. Quant au fondement philosophique des principes qui jouent un rôle si essentiel dans la construction théorique de Dworkin, il se trouve, sans doute, dans la théorie de la justice de Rawls et dans sa façon de dégager les principes fondamentaux d'organisation des sociétés humaines derrière le voile d'ignorance. V. R. Dworkin, « L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit », in C. Audard, R. Boudon, J. P. Dupuy (dir.), *Individu et justice sociale. Autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, pp. 37-53., R. Laufer, « Rawls, Dworkin, Perelman. Fragments d'une grande argumentation », *Philosophie*, 1990 n° 28, pp. 68-94, P. Bouretz, « Prendre le droit au sérieux : de Rawls à Dworkin », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, pp. 59-89.

3. Hart répondit à la fin de sa vie aux critiques de Dworkin en ajoutant un « post scriptum » à la deuxième édition de *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994. V. J. Coleman, *Hart's Postscript. Essays on The Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001.

l'objet de critiques virulentes et même sarcastiques de sa part¹. Ce que Dworkin rejette c'est la dichotomie entre simple application de la règle sans aucune participation du juge (position positiviste classique) et l'invention de la règle par le juge qu'il appelle « le cynisme du nouveau réalisme². »

Il soutient, contre les positivistes que le juge développe une stratégie interprétative considérable qu'il applique à la règle de droit écrite, et avant tout à la loi, stratégie qui mobilise des principes juridiques et moraux, des tests de convenance, d'intégrité, d'unité, des prises en considérations du besoin de liberté et de démocratie etc., toutes opérations intellectuelles qui feraient du juge dworkinien un extraterrestre aux yeux d'un juge français de l'École de l'exégèse du XIX^e siècle.

Mais contre les réalistes-sceptiques il rejette l'idée que c'est le juge qui invente la règle, qu'il est le véritable législateur camouflé et qu'il dispose de toute la liberté pour faire ce qu'il veut faire, sous réserve, ajoutera-t-on, des contraintes juridiques extérieures répertoriées par nos réalistes nationaux³. Le texte demeure le texte, le juge n'a pas la liberté du législateur pour définir des politiques. S'il statue d'une certaine façon il doit développer des arguments pour expliquer pourquoi il a statué ainsi. S'il s'est référé à un principe il doit montrer comment « le principe s'accorde à quelque partie complexe de la pratique juridique et la justifie. » Il doit montrer que le principe « fournit une façon attrayante de voir dans la structure de cette pratique, la cohérence du principe que requiert l'intégrité⁴ ». Plus radicalement Dworkin rejette la « dichotomie erronée de la découverte [d'un sens déjà contenu dans le texte juridique] et de l'invention du droit [par le juge]⁵. »

Là où, cependant, Dworkin et les réalistes se rejoignent et font front commun contre les positivistes de type hartien, c'est que dans les théories du droit qu'ils développent seules comptent vraiment les décisions des juges et non le système des règles écrites, ignoré chez les réalistes, minoré chez Dworkin⁶. Ils sont tous les disciples du juge O. W. Holmes proclamant : « [t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.⁷ »

1. Le scepticisme visé par Dworkin correspond bien à celui défendu par nos réalistes nationaux quant à l'interprétation judiciaire. Les sceptiques soutiennent en effet « qu'il n'y a jamais vraiment de loi sur un sujet ou sur un problème, mais seulement une rhétorique que les juges utilisent pour maquiller des décisions que leur dicte en fait leur préférence d'idéologie ou de classe. » (*L'Empire du droit* p. 10). Sur les *Critical Legal Studies* V, pp. 294-301 avec la longue note critique allant de la page 298 à 301.

2. *L'Empire du droit*, p. 250)

3. Pour une présentation des thèses des réalistes américains du début du XX^e siècle V. Ch. Leben, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in *Ch. Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 215-235.

4. *L'Empire du droit*, p. 250. V. aussi P. Bouretz, « Interprétation, Narrativité et argumentation », *op. cit.*, pp. 154 et s. (« La théorie de l'interprétation face au mur du scepticisme »).

5. *L'Empire du droit*, p. 250

6. Pensons à l'opposé aux théoriciens de la norme juridique et de l'ordre juridique : Kelsen, Santi Romano, Hart, Bobbio et les autres.

7. V. R. S. Summers (ed.), *American Legal Theory*, Aldershot, Dartmouth, 1992, pp. 3-24.

Dworkin présente en outre une version renouvelée du jusnaturalisme car il s'agit bien d'un jusnaturalisme du moment où il y a une imbrication constante dans ses analyses du droit et de la morale. Pour lui, cependant, les principes moraux ne proviennent pas d'un ensemble axiologique existant en dehors du droit et le surplombant mais se situe à l'intérieur même du système juridique, i.e. dans le droit positif lui-même. Mais, cela n'est finalement qu'un point de détail. Les juges chez Dworkin ne doivent pas hésiter à prendre en compte un matériau juridique complexe et hétérogène mêlant règles de droit, principes de nature morale et impératifs politiques (défense de la démocratie libérale). On est bien en présence d'un néo-jusnaturalisme (et sa doctrine des droits moraux contre l'État ne fait que confirmer ce diagnostic) qui se situe à la charnière de l'éthique et du droit. On pourrait dire qu'à l'inverse d'un Perelman dont le chemin va de l'éthique au droit, le chemin de Dworkin le mène du droit à l'éthique¹.

Inutile de rappeler les océans d'encre qui se sont déversés sur les thèses de Dworkin. On ne rappellera que deux remarques qui toutes deux portent sur les rapports entre les théories de l'argumentation et l'herméneutique. Un auteur américain (Franck Michelman) a noté qu'Hercule était un être seul, qui se livrait à une sorte de monologue continu qui ne correspondait pas à la pratique judiciaire². Dans la réalité il y a la plupart du temps dans un tribunal, plusieurs juges qui raisonnent ensemble, échangent des arguments, essaient de se persuader les uns les autres, sans parler du jeu argumentatif qui a lieu entre les juges et les parties. De sorte que le processus interprétatif qui se déroule au sein d'un tribunal, est plus proche du modèle présenté dans l'approche rhétorique que dans le travail herculéen et solitaire du juge idéal de Dworkin. P. Bouretz qui formule ce diagnostic, a proposé de faire « une greffe d'une théorie de l'argumentation sur le modèle de l'interprétation [qui] viendrait atténuer cette solitude [d'Hercule], en imposant sous couvert de l'idéal de communication une contrainte de justification mieux spécifiée³. »

Les auteurs que l'on vient de passer en revue s'accordent au moins sur quelques idées fortes quant à leur conception des contraintes dans le raisonnement du juge et que l'on peut résumer ainsi : l'interprète d'un texte de droit à appliquer n'a pas un pouvoir absolu de faire dire au texte ce que lui – l'interprète – veut lui faire dire ; il y a nécessairement un rapport complexe qui s'installe entre le juge (l'interprète) et le texte de sorte que le sens du texte n'est ni inventé purement et simplement par le juge, ni découvert par celui-ci à l'image

1. Sur les droits moraux contre l'État, V. en particulier le chapitre 7 de *Prendre les droits au sérieux* qui donne son nom à l'ouvrage tout entier, *op. cit.*, pp. 279 et s. Les écrits récents de Dworkin reflètent bien l'ambition philosophique de celui-ci. V. *Justice for the Hedgehogs*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2011, qui est une charge contre le scepticisme en morale.

2. F. Michelman, « The Supreme Court 1985 Term, Forward : Traces of Self-Government », *Harvard Law Review* 100, cité par P. Bouretz, « Interprétation, Narrativité et argumentation », in *Dworkin. Un débat op. cit supra* n.6, p. 157.

3. V. P. Bouretz, « Interprétation, Narrativité et argumentation », *ibid.*, p. 158.

d'un gisement pétrolier qui dort sous terre en attendant un forage qui viendra le découvrir.

Dans l'acte d'interprétation le juge est effectivement soumis à des contraintes externes telles qu'elles ont été dégagées par Michel Troper et son école. Mais il existe également des contraintes internes portant sur le sens du texte, sur la façon pour le juge de travailler avec le texte, de conduire son argumentation, d'utiliser des principes après les avoir formulés etc. Ces contraintes internes qui guident le raisonnement du juge sont, à nos yeux, plus importantes que les contraintes externes et on n'imagine pas un des partisans de celles-ci écrire un ouvrage juridique approfondi dans un domaine où l'interprétation judiciaire est importante en se fondant (comme facteur d'explication) sur les seules contraintes externes. En tout cas, le juge qui passerait outre ces techniques d'interprétation et méthodes d'argumentation et qui appliquerait le droit en se fiant à ses seules convictions morales, politiques, culturelles, comme l'aurait fait le président Magnaud se rendrait coupable de forfaiture¹.

Et pourtant le soupçon sceptique n'est pas réfuté. Sommes-nous en présence avec les théories de l'argumentation et de l'interprétation de vraies contraintes auxquelles les juges se conforment consciemment et qu'ils considèrent à la fois comme légales (respect par les juges de la constitution et de la loi) et légitimes (justes) pour garantir aux sujets de droit un système judiciaire répondant aux exigences d'un État de droit ? Ou bien sommes nous en présence d'une idéologie qui consciemment ou inconsciemment vient cacher la réalité du pouvoir et de la discrétion qui font des juges les vrais législateurs qu'ils le reconnaissent ou non ?

Nos préférences, comme on l'aura sans doute deviné, va à la première thèse et nous voudrions terminer par deux remarques qui vont à l'encontre des thèses réalistes-sceptiques de l'interprétation.

La première est faite par Joseph Raz dans un ouvrage récent. Celui-ci explique que le rapport du juge au texte de droit ne peut être celui qui existe entre une personne testée et la tache d'encre sans aucune signification préalable qu'on utilise dans le test de Rorschach². Le texte de droit ne peut être considéré comme un objet insensé sur lequel le juge viendrait projeter ses « slogans politiques » comme le dit Kelsen.

D'autre part, il y a quelques années de cela Olivier Cayla avait donné à la revue *Droits* un article sur « La souveraineté de l'artiste du second temps » où, reprenant une idée d'Henri Gouhier, il expliquait qu'il existe des arts à un seul temps (la peinture, la sculpture, la littérature) et des arts à deux temps (la musique, le théâtre)³. Pour ceux-ci l'œuvre d'art a d'abord été produite par

1. V. Sur l'épisode du « bon juge » Magnaud, V. Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., pp. 71-72 et le renvoi à F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. 1919, vol.2 pp. 287-289.

2. J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 243.

3. V. O. Cayla, « La souveraineté de l'artiste du second temps », *Droits*, 1990, pp. 129-148, l'idée est reprise par lui dans « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) »,

un auteur (l'artiste du premier temps) puis nécessairement « interprétée », c'est le mot convenu, par un artiste du deuxième temps (Les *Nocturnes* par Arthur Rubinstein, le *Cid* par Gérard Philippe) et chaque artiste donnera sa version de telle symphonie ou de telle pièce de théâtre¹.

Le droit est précisément un art à deux temps : il existe tout d'abord un producteur d'un texte de norme (pour reprendre le vocabulaire de Müller) et, dans un deuxième temps, vient un juge (ou une autre autorité) qui « l'interprète » (même mot que pour les artistes). Le juge possède certainement un très large pouvoir d'appréciation mais jusqu'à une certaine limite. Que dirait-on d'un chef d'orchestre devant jouer la troisième symphonie de Beethoven et qui jouerait le Beau Danube bleu ? Pourrait-il prétendre que c'est là son interprétation de la symphonie de Beethoven²? Autrement dit, le texte existe et doit être, comme le notait Müller, la limite extrême de l'interprétation.

Les Études philosophiques, 1999, pp. 291-310, dans une tonalité globale plus réaliste, nous semble-t-il.

1. Raz, qui fait aussi cette comparaison avec les arts qui demandent une interprétation, cherche à savoir si l'interprète du deuxième temps en droit (le juge) raisonne de la même façon que l'interprète de l'art ou du théâtre. Il montre que chacun de ces interprètes a son propre type d'interprétation. V. J. Raz, *Between Authority and Interpretation* *op. cit.* supra, pp. 251 et s.

2. Nous aurions pu reprendre ici l'exemple de Kelsen lui-même, dans la *Théorie générale des normes*, qui dans sa note 170, (*op. cit.* supra pp. 561-562), remarque à propos de la théorie de J. Ch. Gray et Morris Cohen, selon lesquels ce sont les interprètes (les juges) qui sont les vrais législateurs écrit : « Cette identification de la loi à son interprétation est intenable. Même la Bible ou Hamlet de Shakespeare font l'objet d'une interprétation ; mais il ne viendrait à l'esprit de personne d'affirmer que la Bible est écrite par son interprète, ou que Hamlet n'a pas été écrit par Shakespeare, Tant qu'il ne s'agit vraiment que de l'interprétation de la loi, ce que le tribunal applique, mais ne crée pas, c'est la loi – interprétée par le tribunal. Comme il faut tout de même qu'il y ait quelque chose qui soit interprété, ce qui est interprété ne peut être identique à l'interprétation. » Malgré ce qu'on a dit supra de la pente réaliste chez Kelsen, celui-ci à la fin de sa vie ne s'était toujours pas converti au réalisme pur et simple, quoi qu'on en dise.