

Lucie Chataigné Pouteyo

Expliquer la décision judiciaire

Une enquête sur les projets de naturalisation en sciences humaines

Thèse présentée et soutenue publiquement le 14/09/2023
en vue de l'obtention du doctorat de Philosophie de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Monsieur Denis Forest (Université Paris 1 Panthéon-
Sorbonne)

Jury :

Rapporteur :	Monsieur Claude Gautier	Professeur des universités, ENS de Lyon
Rapporteur :	Monsieur Pierre-Yves Quiviger	Professeur des universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Directeur de la thèse :	Monsieur Denis Forest	Professeur des universités, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Membre du jury :	Madame Julie Allard	Professeure des universités, Université Libre de Bruxelles
Membre du jury :	Madame Véronique Champeil- Desplats	Professeure des universités, Université Paris Nanterre

Remerciements

La recherche est un travail collectif, la mienne n'y fait pas exception. Je dois beaucoup à bon nombre de personnes et je souhaite les remercier ici particulièrement.

Je remercie d'abord et avant tout Denis Forest, pour ses corrections minutieuses et son esprit tranchant : les multiples retouches et remaniements qu'il m'a amenée à faire ont permis à ce travail de gagner en solidité, en pertinence et en maturité. Merci de m'avoir fait découvrir Brian Leiter, et la théorie du droit. C'est à partir de là que les questions juridiques sont devenues centrales dans ma réflexion, que j'ai découvert de nouvelles régions de la pensée et que je me suis lancée dans des études de théorie du droit. Tout ceci m'a permis de reformuler mes questionnements d'une manière originale. Merci surtout, de m'avoir patiemment aidée à faire en sorte que mon existence ordinaire et mes recherches puissent se combiner, même si cela a signifié quelques détours qui ont allongé le chemin. Merci, donc pour votre confiance au cours de ces années.

Je remercie aussi les membres de l'ED 139 et de l'Ireph de l'Université Paris Nanterre qui ont toujours fait en sorte que je puisse mener de front mon travail de chercheuse et celui d'enseignante, loin de la région parisienne, et m'ont laissé le temps nécessaire pour la rédaction de cette thèse.

Je remercie chaleureusement chacune et chacun des membres de mon jury pour le temps et l'énergie qu'ils m'accordent en acceptant de lire mon travail, de le commenter et de le discuter. Je leur suis très reconnaissante d'avoir accepté de siéger à ma soutenance et j'espère que les discussions que nous aurons pourront se prolonger au-delà, dans des travaux ultérieurs.

Je veux aussi remercier les professeur.e.s du Master 2 de Théorie et Analyse du droit de l'Université Paris Nanterre qui m'ont accueillie en 2009-2010 et m'ont offert de pouvoir échelonner mes cours sur deux ans, afin de pouvoir faire les allers-retours entre Lyon où j'enseignais et Nanterre. Je remercie en particulier Pierre Brunet qui a suivi mes premiers pas en théorie du droit, dirigé mon mémoire, et permis de rencontrer Brian Leiter lors de sa visite en France. Je remercie ce dernier de sa disponibilité, de ses éclaircissements, de ses conseils de lecture, de son intérêt pour mes propres recherches, de ne pas avoir commenté mon accent anglais, et de m'avoir mise en contact avec William Twining, ancien étudiant de K. N. Llewellyn, qui m'a à son tour gentiment aiguillée dans mes lectures et m'a fait parvenir, par-delà la Manche, quelques photocopies annotées qui se sont avérées très utiles.

Je souhaite également remercier les professeur.e.s qui ont été décisifs dans ma formation. Dans l'ordre chronologique, David Sire, avec qui tout a pu commencer au Lycée Hugues Capet de Senlis, et qui m'a ouvert tout un monde. Puis Anissa Castel-Bouchouchi, au Lycée Lakanal, qui m'a fait découvrir les analytiques, m'a épaulée durant mes deux années d'hypokhâgne et de khâgne au Lycée Lakanal de Sceaux, et m'a mise sous la protection des Anciens. Je remercie enfin Emmanuel

Renault, Pierre-François Moreau et Jean-Michel Roy, lors de mes années à l'ENS de Lyon. En particulier, le premier pour m'avoir fait découvrir Marx en profondeur, m'avoir donné les meilleurs conseils de méthode que j'ai jamais eu sans s'en rendre compte et m'avoir initiée à Dewey et à la traduction ; le second pour sa protection et ses conseils avisés – jusqu'à la dernière minute – et bien sûr l'apprentissage de la lecture de Spinoza ; le dernier pour m'avoir donné, quasi pour moi seule, des cours sur le tournant analytique et m'avoir aidée à concevoir mon projet doctoral initial.

Je remercie mes collègues du Lycée Louis Armand, et mes nombreux.s élèves, qui se sont intéressés à mes travaux et qui m'ont accompagnée durant ses longues années. J'essaie chaque année de leur accorder toute l'attention qu'ils méritent, tout en ne sacrifiant pas mes objets de recherche car je crois fermement qu'enseigner dans le secondaire et faire de la recherche n'est pas incompatible et contribue au contraire à faire ce lien que tout le monde espère entre le monde universitaire et l'enseignement secondaire.

Merci aussi à Nathalie Zachary pour m'avoir épaulée pendant ces années.

Je remercie mes amis et ma famille, tant les Chataigné, que les Marino et les Pouteyo, pour m'avoir toujours encouragée, avoir accepté le principe qu'une vie de famille, des amis, une thèse, un M2 de théorie du droit, un temps plein au lycée, un engagement syndical, de la musique et même du sport, peuvent exister ensemble, et avoir su garder pour eux leurs doutes et leurs inquiétudes.

Je remercie Emilia Guerreiro Cassagnes pour m'avoir offert de l'espace – ce deuxième étage perché au calme de la rue d'Alma – et du temps. Sans, et sans être assurée du sort de mes enfants, je n'aurais pas pu travailler aussi régulièrement et avec sérénité.

Je remercie mes relectrices et relecteurs, femmes de lettres, historien et philosophes : Cécile Chataigné, Franck Pontiers, Anne-Claire Husser, Lucile Gibert, Cyriaque Darakdjian, Cédric Eyssette, Renaud Garcia, Serge Guerrin et Michaël Pouteyo. Vous n'avez ménagé ni votre peine, ni votre temps, ni vos yeux, vous rendant disponibles au moment où j'en avais besoin. S'il est des qualités dans ce manuscrit, elles tiennent beaucoup à chacune et chacun d'entre vous.

Je remercie très fort mes deux fils, Solal et William, parce que, comme le dit Socrate à ses frères athéniens, « vous me tenez de plus près par le sang », et que dans vos yeux j'ai toujours su que je mènerai à bien ce long travail. Vous avez grandi – et même êtes nés – en même temps que ce manuscrit, et c'est parfois à l'aune de mes pages que je mesure notre temps qui passe.

Michaël, c'est évidemment à toi que vont tous mes remerciements les plus profonds. Merci d'avoir fabriqué notre grenier, et donc quelque chose comme « une chambre à soi », et merci d'avoir toujours déjà su que nos thèses, elles aussi sont androgynes, et ne pouvaient souffrir que la plus stricte égalité. Défi redoutable que nous avons relevé tous les deux avec maestria – et même panache.

Résumé

Cette thèse s'inscrit dans le domaine de la philosophie du droit et de la philosophie des sciences humaines, et consiste en une enquête sur cette activité spécifique qu'est la décision du juge. Le point de départ de la réflexion est le constat que la philosophie du droit peine à proposer des modèles suffisamment convaincants pour rendre compte des décisions de justice. On lui reproche souvent de fournir une théorie de la justice sans s'intéresser à la pratique réelle des juges. Ces critiques sont classiquement formulées par les juristes, qui, de manière concurrentielle, vont jusqu'à créer leur propre théorie du droit. Elles apparaissent au tournant du XX^e siècle de manière particulièrement marquante aux Etats-Unis, dans les premiers écrits de la *Sociological Jurisprudence* puis dans le réalisme juridique américain. Leur appel à une théorie de la décision judiciaire conforme à la réalité des jugements effectivement rendus, et notamment au fait que les juges ont des motivations autres que purement juridiques, a transformé de fond en comble les perspectives sur le droit.

Pour construire une théorie opérationnelle, les réalistes américains se sont majoritairement tournés vers un modèle explicatif naturaliste, conforme aux sciences naturelles et sociales de leur temps, privilégiant entre autres l'aspect prédictif qu'elles offrent. Ce faisant, ils ont négligé les modèles plus intentionnalistes voire herméneutiques des autres sciences humaines en construction à la même période. Ceci ne manque pas de susciter bon nombre de questions. Dans quelle mesure l'action de juger peut-elle être prédite ? Peut-on expliquer le jugement judiciaire par des causes, ou bien faut-il parler des motivations des juges comme de raisons ? Que signifie le projet de naturalisation d'une théorie, et quelles en sont les particularités dans le domaine du droit ? Des auteurs actuels comme Brian Leiter défendent un programme de naturalisation de la théorie de la décision judiciaire, voire de la théorie du droit dans son ensemble.

À partir de leur examen, on montre que cette tentative de naturalisation de la théorie du jugement judiciaire mérite d'être comprise dans un contexte intellectuel et épistémologique plus large. Il s'agit de repartir de la controverse entre sciences humaines et naturelles, telle que Dilthey la reformule comme une opposition entre deux approches épistémologiques : expliquer et comprendre. Le statut et la forme que nous donnons à notre approche de la décision judiciaire dépendent en réalité de notre position concernant un autre problème, celui de savoir quel modèle est le plus souhaitable pour les sciences de l'action humaine. Ceci permet alors de revisiter la querelle classique entre sciences de la nature et sciences humaines au prisme de la question juridique et de montrer que les enjeux en sont très actuels. On fait apparaître que ces interrogations, qui ont durablement occupé la

scène philosophique, sont sensiblement les mêmes que celles que les juristes se sont posés lorsqu'ils ont eu l'ambition de construire, dès la fin du XIX^e siècle, une science du droit authentique et autonome. Elles continuent d'être centrales encore aujourd'hui avec l'émergence d'un nouveau type de science, le neurodroit, qui, en contexte démocratique, pose de nombreux problèmes moraux et politiques.

Ce qui fait obstacle à une naturalisation de la science du droit, ou qui, au contraire, motive ses défenseurs, c'est le pouvoir d'interpréter qui est au cœur – peut-être le cœur – du travail des juges. Or, on décèle un malaise autour de la question de leur possible pouvoir discrétionnaire. Il semble qu'on ne puisse l'envisager que de deux manières, mais dans les deux cas, les conséquences sont insatisfaisantes. Soit les juges ont effectivement un pouvoir discrétionnaire du fait de la latitude interprétative dont ils disposent, soit ils n'en ont pas et alors il faut leur nier toute marge interprétative. Dans le premier cas, cela semble incompatible avec l'exercice démocratique de la justice et dans le second, cela semble cette fois contraire à toute description un tant soit peu réaliste de leur travail. Face à cette apparente impasse, l'œuvre du philosophe et juriste Ronald Dworkin apparaît comme une piste permettant d'affronter sans détour le pouvoir d'interpréter du juge. Au cœur de l'action du juge, on met alors en évidence la notion de récit, qui semble indissociable de celle de décision de justice. La justice numérique, qui voit le jour ces dernières années, se présente comme une tout autre piste. Elle prend la forme d'une justice prédictive et tend à s'imposer comme un idéal d'efficacité et d'égalité. Remarquable par son désir d'effacer toute marge interprétative, elle tente d'encoder la décision judiciaire sous forme d'algorithmes, de manière à la rendre maîtrisable de part en part. L'examen de ces deux tournants contraires – tournant interprétativiste et tournant numérique – permet de dessiner deux conceptions de la justice bien différentes, qu'on se propose d'évaluer au regard d'exemples contemporains.

Mots-clefs : décision ; interprétation ; justice numérique ; naturalisation ; neurodroit ; philosophie des sciences ; réalisme juridique ; récit ; science du droit ; théorie du droit.

Abstract

This thesis is in the field of philosophy of law and philosophy of action, and consists of a study of the specific activity of rendering a decision for a judge. At the starting point of the reflection is the observation that the philosophy of law has difficulty offering sufficiently convincing models to account for court decisions. It is often criticized for providing more of a theory of justice than actual judicial judgments. These criticisms are classically formulated by lawyers, who, competitively, go so far as to create their own philosophy of law. They find their origin in the United States, in the first writings of Sociological Jurisprudence then in American Realism. Their call for a theory of judicial decision which conforms to the reality of the judgments actually rendered, and in particular to the fact that judges have motivations other than purely legal, has fundamentally and lastingly transformed our perspectives on the law.

To build an operational theory, American realists have mainly turned to a naturalistic explanatory model, in accordance with the natural and social sciences of their time, favoring the predictive aspect offered by these sciences, rather than towards the intentionalist or even hermeneutical models that existed yet in the human sciences which were under construction. This raises many questions. How predictable can the act of judging be? Can we explain judicial judgment by causes, or should we rather consider that judges are motivated by reasons? What does the process of naturalizing a theory is, and what are its particularities in the field of law?

We will then show that this attempt to naturalize the theory of judicial judgment deserves to be understood in a broader intellectual and epistemological context. The status and form of our explanation of the judicial decision depend on our view concerning the philosophical question of which model is applicable to the sciences of human action. This allows to revisit the classic debate between natural sciences and human sciences through the lens of law and with a new perspective. In doing so, we will see that these questions, which have widely occupied the philosophical scene, are very much the same as those that jurists asked themselves when they had the ambition to build, during the twentieth century, an autonomous science of law. These interrogations still arise today with the emergence of a new type of science, the neurolaw, which again poses, and with acuity, the question of whether, and to what extent, it is possible to naturalize our theories of judicial decision.

What prevents us from a naturalization of the science of law, or which, on the contrary, motivates its defenders, is the power to interpret, which is at the heart of the judge's work. In all the reflections on the work of the judge, one detects indeed a discomfort around the question of the possible discretionary power of the latter. It seems that we can only consider it in two ways, both

equally unsatisfactory: either the judges do indeed have a discretionary power because of the interpretative latitude they have, but this then seems incompatible with the democratic exercise of justice; either the judges do not exercise such a power, but then they must be denied any interpretative margin, which this time seems contrary to any realistic description of their work. The work of the philosopher and lawyer Ronald Dworkin (1931-2013) offers the means to face without detours the judge's power to interpret. A completely different perspective, which has emerged in recent years, is that of digital justice. It takes the form of predictive justice and tends to establish itself as an ideal of efficiency and equality. It is remarkable for its desire to erase any interpretative margin, or to codify it in the form of algorithms, so as to make it fully controllable. These recent achievements call for further analysis. Examining these two opposing turns – interpretive and digital – allows us to draw two very different conceptions of justice, which we propose to evaluate in the light of contemporary examples.

Keywords: decision; interpretation; digital justice; naturalization; neurolaw; philosophy of science; legal realism; narrative; science of law; legal theory.

Table des matières

Remerciements	3
Résumé	5
Abstract	7
Table des matières	9
Introduction	13
Chapitre I. L'approche réaliste de la décision judiciaire	23
Une remise en question de la philosophie du droit, entre formalisme, naturalisme et pragmatisme	23
I. Un besoin de réalisme	28
1. La Sociological Jurisprudence et le réalisme américain	28
2. Renouveau de l'enseignement du droit	31
3. Des lectures du réalisme américain	34
II. Lire le réalisme juridique américain comme un naturalisme : l'interprétation de Brian Leiter	38
1. Le noyau théorique central du réalisme	43
2. Une mauvaise interprétation du réalisme	47
3. Reconstruction de l'arrière-plan philosophique du réalisme : positivisme, pragmatisme et naturalisme	51
a. Réalisme et positivisme : la méprise de Hart	51
b. Réalisme et pragmatisme	54
c. Réalisme et naturalisme	56
III. Que signifie « naturaliser » la théorie de la décision judiciaire ?	58
1. Naturalismes et naturalisations	58
2. « L'épistémologie naturalisée » par Quine	61
3. Quine appliqué aux réalistes : l'argument analogique	63
4. Les réalistes ont-ils réussi à naturaliser la théorie du droit ?	65
5. Il faut naturaliser la théorie du droit	67
IV. Enjeux et problèmes d'une naturalisation de la théorie du droit	71
1. Le problème de la détermination des faits	72
2. La question des faits moraux	76
3. Le problème de la description	79
4. Description et prescription	82
V. Naturalisme ou pragmatisme ?	86
1. Une proximité historique et intellectuelle : Holmes, Dewey et Llewellyn	88
a. Holmes et Dewey	88
b. Dewey et Llewellyn	93
2. Des thèses et positions communes	95
VI. La naturalisation : symptôme et enjeu de l'opposition entre sciences de la nature et sciences humaines	102
Chapitre II. Penser l'explication de la décision judiciaire à la lumière de la querelle des deux sciences	111
La causalité est-elle le « ciment de l'univers » ?	111
I. Première étape de la controverse	121

1. La naissance du positivisme et la formulation de la thèse du monisme méthodologique	121
2. La réponse des anti-positivistes et l'idée de sciences de l'esprit	137
II. Deuxième étape : la réponse du néopositivisme et le modèle hempelien	151
III. Troisième étape : la critique du néopositivisme	157
1. Le modèle d'explication intentionnaliste de la décision et de l'action humaine	160
2. La structure intentionnelle de l'action et le raisonnement pratique	168
3. Implications de la conception intentionnaliste du raisonnement pratique dans la perspective d'une explication réaliste du jugement judiciaire	174
4. Des explications téléologiques et des explications causales	178
IV. Une quatrième étape ? Le renouveau causaliste, tentative pour absorber la critique intentionnaliste	185
V. Cause ou raison, positivisme ou anti-positivisme, monisme ou dualisme : ces positions résistent-elles à un examen fondationnel ?	196
Chapitre III. Enjeux des débats juridiques autour de la constitution d'une science du droit pour l'explication de la décision judiciaire	207
Une autre perspective sur la querelle des deux sciences	207
I. L'idée de science du droit	208
II. L'objet « norme » en question	215
1. Identifier la norme juridique	216
2. La science du droit, une science normative ?	223
III. La question de l'autonomie de la science du droit	229
IV. Cause, causalité et causation en droit	247
1. Les occurrences causales dans le droit	247
2. Problèmes philosophiques posés par la notion de cause en droit	252
3. Droit et neurosciences : les recherches en neurodroit	259
a. De l'usage des neurosciences à titre de preuve judiciaire	261
b. Les neurosciences comme aide à la prise de décision judiciaire	273
c. Neuroscepticisme	275
V. Quelle(s) science(s) du droit pour quel droit ? Vers un pluralisme des méthodes	279
1. Pluralité des hypothèses théoriques et méthodologiques	279
2. L'exemple de la théorie des contraintes juridiques ou comment marier causalité et normativité	285
Chapitre IV – Herméneutique contre algorithmes : la décision judiciaire aujourd'hui	299
À la recherche d'un monde sans interprétation ?	299
I. Droit et littérature, Droit et mathématiques : le droit entre interprétation et prédiction	300
1. Que juger, c'est interpréter	300
2. Un besoin de transparence	311
3. Justice prédictive, big data et open data	313
4. Mathématisation de la décision judiciaire	320
5. Le récit interprétatif ou le nombre ? Un double tournant	330
II. Dworkin et le tournant interprétativiste	336
1. Au cœur des polémiques entre jusnaturalistes et positivistes	336
2. Les thèses centrales de Dworkin : continuités et points de rupture avec les réalistes américains	342
a. Une approche philosophique de la théorie du droit	342
b. La théorie des droits et l'importance des principes	346
c. Le droit à la meilleure des décisions	352
d. Particularités de la décision judiciaire	356
e. Une approche herméneutique	363
f. Hercule et le roman du droit	368

3. L'influence de Quine	377
4. Des critiques virulentes	383
III. La tentation numérique	392
1. Les algorithmes : au service ou à la place du juge ?	397
2. Préserver le texte juridique, fondement de la décision judiciaire	404
3. Préserver l'expérience vécue de la justice	408
IV. Que veulent les juges et les justiciables ?	422
Conclusion	433
Bibliographie	443
Index Nominum	459

Introduction

« Mon juge,
Je voudrais qu'un homme, un seul, me comprenne.
Et j'aimerais que cet homme soit vous. »

Georges SIMENON, *Lettre à mon juge*, 1951

Les juges, quelle que soit la juridiction dans laquelle ils exercent, sont une pièce maîtresse des systèmes juridiques. Leur personne, au-delà parfois de leur fonction, est investie de multiples attentes par les justiciables, et paradoxalement, cette importance leur confère une forme d'étrangeté, d'éloignement, voire de mystère qui impressionne. Leurs jugements sont essentiels, mais nous ne connaissons pas, ou mal, la manière dont ils remplissent leur office. Malgré tout, nous nous en remettons à eux dans certains domaines de notre vie, pour réparer un tort, régler un litige, obtenir réparation, acter d'un divorce ou encore d'une adoption. Dans ces situations, nous nous tournons vers eux, espérant être entendus, compris, et rétablis dans nos droits, et nous disons : « la justice tranchera ». C'est le sens même, étymologiquement, du mot « décider », qui en latin est constitué du préfixe *-de* et du verbe *caedere*, qui signifie couper. Mais comment tranche-t-elle justement ? Comment le juge prend-il ses décisions ? Peut-on *expliquer* la décision judiciaire ? S'interroger ainsi suppose déjà que la décision judiciaire en elle-même n'est pas suffisamment limpide, et qu'elle nécessite des éclaircissements. Les motivations qui accompagnent la décision et le système des règles de droit dans lequel elle s'insère ne permettraient pas d'en produire une pleine et entière intelligibilité, si bien que l'idée se forme qu'il aurait pu, parfois, en être autrement, et qu'une autre décision aurait pu être prise. C'est d'ailleurs ce dont témoignent, factuellement, certaines décisions de cour d'appel, en revenant sur le jugement antérieurement prononcé. Y aurait-il donc autre chose que des raisons juridiques qui entrerait en ligne de compte dans la formation d'un jugement judiciaire ? De quel ordre sont ces autres raisons ou facteurs ?

Que le droit, et le fait de rendre la justice, s'ancrent au-delà de la sphère purement juridique, c'est évident, mais c'est en même temps éminemment problématique. D'un côté en effet, on constate sans peine que les contextes politiques, économiques, sociaux, et peut-être même moraux, ont une influence sur la manière dont les juges lisent les lois, les interprètent et les appliquent, et il n'est pas exceptionnel qu'une décision judiciaire, au-delà de sa fonction juridique propre, prenne une signification très importante dans ces différents contextes. Mais d'un autre côté, comment évaluer le poids de ces influences extérieures au droit sur les décisions judiciaires ? Comment les conjecturer et

les réguler, sachant que le principe d'une justice démocratique et équitable est d'être transparente, prévisible, et consultable par les justiciables, de sorte que chacun d'entre nous puisse s'enquérir de ses droits, des obligations qui sont les siennes et des éventuelles sanctions qu'il pourrait encourir en ne les respectant pas. Comment peut-on imaginer agir librement sans savoir dans quelles limites notre action peut s'exercer ? Prendre en compte l'influence du contexte économique, social, politique, moral et historique requiert alors de s'écarter d'une approche purement juridique du droit et de la décision judiciaire et de se tourner vers une approche qui engage des savoirs extérieurs au droit, et partant, des méthodes qui lui sont habituellement étrangères. C'est donc acter du fait que le droit n'est pas une théorie pure mais plutôt une pratique, et donc qu'une science du droit devra intégrer en son sein des éléments qui ne sont pas juridiques.

Pour éclaircir en ce sens la décision judiciaire, il semblerait que le plus simple soit de se tourner vers les juges eux-mêmes. Après tout, qui mieux qu'eux pourrait en rendre compte ? Ils sont les seuls à pouvoir décrire les délibérations et les étapes qui ont jalonné leur raisonnement puis conduit à leur décision, ainsi que les influences qu'ils ont subies. Mais trois obstacles surgissent alors. D'abord, on peut s'interroger sur la connaissance que les juges sont capables d'élaborer concernant leur propre pratique : quel recul peuvent-ils avoir sur leurs propres décisions ? Comment être à la fois le sujet et l'objet d'une telle réflexion ? Il n'est pas sûr par ailleurs que les juges puissent avoir une conscience nette, même s'ils en ont un savoir théorique, des biais qui viennent affecter ou influencer leur jugement. Une littérature abondante est en construction sur ce point, et nous y ferons parfois référence, mais ce n'est pas sous cet angle que notre travail aborde principalement la question de la décision des juges. Le deuxième obstacle est lié au fait que les magistrats, en France du moins, sont soumis à des règles déontologiques assez strictes qui les obligent à une réserve quant aux affaires qu'ils traitent. En effet, le Conseil Supérieur de la Magistrature, conformément à l'article 20-2 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994, a fait paraître un *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*¹ qui expose les vertus essentielles que ces derniers doivent incarner. Parmi elles, la réserve et la discrétion leur imposent une parole mesurée, contrainte par de nombreux interdits, qui

¹ Conseil Supérieur de la Magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, janvier 2019. En ligne : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm_recueilobligationsdeontologiques.pdf (consulté le 08/07/2022). On peut en citer quelques passages : « en dehors des communications institutionnelles propres à la juridiction et des communications à caractère scientifique ou pédagogique, le magistrat ne commente pas ni n'ajoute à ses propres décisions qui, par leur motivation, doivent se suffire à elles-mêmes. Il ne dénigre pas les décisions juridictionnelles de ses collègues, dont la contestation relève de l'exercice des voies de recours. [...] Le magistrat, tenu au secret professionnel et au secret du délibéré, respecte la confidentialité des débats judiciaires et des procédures évoquées devant lui ; il ne divulgue pas les informations dont il a eu connaissance, même sous forme anonyme ou anecdotique. [...] Le magistrat s'abstient de s'exprimer, même avec prudence et modération, sur les causes dont il est susceptible d'être saisi ». Néanmoins, « l'obligation de réserve ne s'oppose pas à la participation du magistrat à la préparation de textes juridiques. Elle ne lui interdit pas, en tant que professionnel du droit, la libre analyse des textes. Elle ne prohibe pas des prises de position publiques, individuelles ou collectives ». Il reste toutefois que « la plus grande prudence [...] s'impose lors de la publication, par des magistrats, de souvenirs professionnels personnels », p. 61-63.

les empêchent, même une fois qu'ils ne sont plus en exercice, de pouvoir tout dire de leur pratique. Enfin, un dernier obstacle peut être évoqué sous la forme d'une question : comment être sûr qu'il y a identité entre ce que les juges font et ce qu'ils disent faire ? Comment s'assurer que les motivations qu'ils déclarent sont effectivement les raisons qui les ont conduits à juger comme ils l'ont fait, et non des rationalisations juridiques *a posteriori* ?

Deux courants juridiques américains, étroitement liés tant sur le plan intellectuel que géographique et historique, ont fait du constat de cet écart possible le fer de lance de leur pensée. La *Sociological Jurisprudence* à la fin du XIX^e siècle, puis le réalisme juridique américain dans les années 1920-1930, mettent l'accent sur une approche très empiriste du droit et centrent leurs travaux sur la description de l'activité judiciaire. Ce faisant, ils opèrent une rupture majeure avec les approches formalistes qui avaient cours jusqu'alors. De manière générale, elles consistaient à décrire le droit comme un ensemble clos de normes et de principes, et à concevoir le pouvoir judiciaire comme une activité quasi-mécanique qui ne fait qu'appliquer ces normes et ces principes au réel, en suivant la démarche du syllogisme déductif. Les réalistes en particulier vont montrer que les juges, lorsqu'ils tranchent une situation, n'agissent pas uniquement en vertu de raisons d'ordre juridique, mais aussi en vertu de raisons non-juridiques, qui peuvent être économiques, morales, ou encore politiques. Ils clament alors la nécessité de les prendre en compte alors qu'elles ne trouvaient jusqu'ici aucune place dans les approches classiques du droit. En effet, ils estiment que ces facteurs extra-juridiques qui déterminent l'action judiciaire sont suffisamment observables et communs aux juges pour permettre une généralisation et par-là même une prédiction fiable de leurs décisions. Leur objectif est alors double : donner une explication causale et donc scientifique du jugement judiciaire, mais aussi fournir les moyens de prédire, étant données des causes identifiables (les raisons juridiques et non juridiques qu'ont les juges de décider d'une manière ou d'une autre), des effets certains (la teneur des jugements judiciaires). Les enjeux sont immédiatement pratiques. Il s'agit d'une part de donner aux juges, aux avocats et à l'ensemble des acteurs du droit, une meilleure compréhension de leur propre pratique ainsi que de meilleurs outils pour exercer leur métier. Il s'agit d'autre part de permettre aux plaignants et aux accusés, plongés dans le domaine du droit sans en avoir une connaissance de spécialistes, d'avoir une meilleure lisibilité des décisions et des procédures dans lesquelles ils sont pris.

Cette approche renouvelée de l'activité judiciaire conduit presque naturellement les réalistes à se tourner vers d'autres sciences, telles que la sociologie, la psychologie, les sciences politiques, l'histoire ou encore l'économie. Mais se pose alors la question suivante : comment intégrer les savoirs extra-juridiques qui entrent en jeu dans la prise de décision judiciaire ? Permettent-ils de faire de la décision judiciaire un acte prévisible, ou au contraire, mettent-ils en lumière le fait que chaque

jugement serait un acte comportant une part irréductible d'arbitraire et qui serait chaque fois unique ? Cette interrogation, on le voit sans mal, fait écho à un problème général et classique en philosophie : celui de la liberté de l'action humaine. Dans quelle mesure l'action humaine est-elle déterminée, soit par des causes internes, soit par des causes externes ? Ces causes sont-elles suffisamment objectivables et accessibles à une explication scientifique, et si oui, à quel genre d'explication peuvent-elles prétendre ? Nombre de philosophes ont évoqué cette possibilité, mais peut-être que la formulation la plus éclairante se trouve chez Spinoza, lorsqu'il affirme que les choses créées, et parmi elles, les hommes, sont toutes « déterminées à exister et à agir selon une manière précise et déterminée », de sorte que la « liberté humaine que tous les hommes se vantent d'avoir [...] consiste en cela seul que les hommes sont conscients de leurs désirs et ignorants des causes qui les déterminent »². Il suffirait, pour expliquer les actions humaines, d'étendre notre connaissance des déterminations qui agissent sur elles. Mais ne risque-t-on pas de se heurter au fait qu'il demeure peut-être au sein de tout acte humain une part d'autodétermination liée au libre choix, au hasard ou à la contingence qui le ferait échapper à toute tentative de prédiction ? Peut-on espérer constituer et systématiser une telle somme de connaissances ?

Ces questionnements concernant la difficulté de connaître l'homme se trouvent au fondement de la distinction entre sciences naturelles et sciences humaines. Les premières auraient pour objet l'ensemble des êtres vivants et des phénomènes du monde en tant qu'ils sont gouvernés par les lois naturelles, tandis que les secondes s'intéresseraient à l'homme et à ses productions, en tant qu'il échappe pour partie à ces mêmes lois et dispose d'un espace de création, d'interprétation, qui est aussi un espace de liberté. Dans le premier cas, l'homme est compris dans sa dimension animale, biologique, tandis que dans le second cas, il l'est dans sa dimension symbolique et culturelle. Ces deux domaines de sciences auraient chacun pour but de connaître l'un des versants du *zôon politikon*, de l'animal politique qu'est l'homme. Mais les rôles des uns et des autres ne sont pas si clairs et si bien distribués que cela, et les frontières que l'on a longtemps posées arbitrairement entre ces sciences s'avèrent toujours plus poreuses et finalement plus confuses qu'éclairantes. En témoigne par exemple l'ouvrage de Philippe Descola, *Par-delà nature et culture*³, qui nous enjoint de rebattre les cartes de nos catégories de pensée et de dépasser l'opposition nature-culture qui structure notre vision du monde. Songeons à ces nouvelles sciences – neurosciences notamment – qui explorent la pensée et la conscience humaines avec des méthodes et des modèles scientifiques majoritairement issus des sciences naturelles, alors que ces objets sont classiquement pensés comme spécifiquement humain et couramment évoqués pour fonder la différence entre l'homme et l'animal. Outre ces éléments qui

² Baruch de Spinoza, Lettre LVIII « Au très savant G. H. Schuller » (1674), in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1954, p. 1251-1252.

³ Philippe Descola, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des sciences humaines », 2005.

remettent en cause l'idée d'une frontière nette entre sciences de la nature et sciences humaines, on observe de manière plus générale une poussée en faveur d'une *naturalisation* des sciences humaines. Par ce processus de naturalisation – sur lequel il faudra revenir plus en détail – on peut entendre provisoirement l'idée qu'il s'agit de défendre comme scientifiques uniquement les théories dont on peut démontrer la continuité avec les sciences naturelles, qui, fortes de leurs progrès considérables, se sont progressivement imposées comme des modèles que les sciences humaines auraient à suivre tant du point de vue de leurs méthodes que de celui de leurs résultats pour accéder à une véritable scientificité. Le motif principal est que les sciences humaines sont immatures et manquent de fiabilité, et que les sciences naturelles pourraient leur apporter ce qui leur manque pour accéder au rang de science véritable. Naturaliser une science humaine poursuit donc le but de fournir à cette dernière une légitimité scientifique et revient à établir une continuité – qui respecte en même temps une certaine hiérarchie – entre cette science et les sciences naturelles. Bien sûr, les velléités naturalistes trouvent des détracteurs, qui affirment de façon opposée que les sciences humaines, en vertu même de leur objet et de ses caractéristiques, doivent développer leurs propres méthodes et leurs propres résultats et qu'elles n'ont pas à se plier à un quelconque modèle, fût-il aussi reconnu et performant que celui des sciences naturelles.

La querelle entre sciences humaines et sciences naturelles est ancienne et est quasi-contemporaine de la naissance des premières. Cette querelle est souvent présentée comme un moment de l'histoire de la philosophie. Pourtant, elle n'est pas résolue. Le fil rouge de notre réflexion est de soutenir que cette opposition est encore vivante et que les projets naturalistes contemporains en sont le symptôme. C'est pourquoi nous proposons ici de mener une *enquête* sur les projets de naturalisation en sciences humaines. Nous avons centré notre attention sur un domaine en particulier, celui du droit et de la prise de décision judiciaire. Ce choix se justifie d'abord par un souci de précision : les approches naturalistes sont extrêmement nombreuses et diverses, et il aurait été impossible de les recenser toutes. Ensuite, ce choix s'explique par le fait que le droit, et en son sein, la théorie de la décision judiciaire, constitue un champ qui peut sembler le meilleur candidat à une entreprise de naturalisation. En effet, le droit se comprend comme un système de normes dont la finalité principale est de réguler les actions et les interactions humaines, en prévoyant même, c'est l'objet du droit pénal, ce qui se passera si ces normes sont enfreintes. L'office du juge, qui s'insère dans ce cadre et remplit ce service, est donc hautement contraint, de sorte que la décision du juge, à la différence de nos décisions ordinaires, doit pouvoir être prévue, voire prédite, tant elle est codifiée. C'est même l'un des piliers de la liberté du citoyen que de pouvoir avoir accès aux lois, à leur sens, et à la manière dont elles seront appliquées. Puisque le juge peut être décrit comme un professionnel du raisonnement, que son activité est plus que toute autre codifiée, et que même, cette codification est le

gage d'une vie citoyenne libre, il semblerait possible, et même souhaitable, qu'une théorie de la décision judiciaire qui se veut pertinente, efficace et scientifique réponde à des critères de naturalisation.

C'est ce que défendent certains auteurs, et en particulier Brian Leiter, un théoricien du droit américain et récent commentateur des réalistes juridiques américains⁴, qui a largement participé au regain d'intérêt pour ce mouvement. Il y voit une tentative pour initier une naturalisation de la théorie du droit, et y voit le signal que cette entreprise doit être aujourd'hui continuée. Mais ce projet de naturalisation ne va pas sans poser de problèmes. Dans le cadre d'une théorie de la décision judiciaire naturalisée, la méthode qui doit être retenue est celle de la description empirique de ce que font réellement les juges, doublée d'une explication de ce qui cause la décision judiciaire. Elle doit venir remplacer l'analyse des raisons juridiques. La question essentielle qui se pose alors est la suivante : quelles données la théorie du droit doit-elle recueillir, et quels sont les éléments que cette dernière doit décrire ? Cette question est épineuse : car c'est une chose d'affirmer qu'il faut faire reposer la théorie du droit sur une description empirique de ce que font réellement les juges et sur une explication des causes de leurs décisions, mais cela en est une autre de savoir quels sont les faits que l'on doit isoler et décrire à cet effet, quel statut – ontologique et théorique – ces faits doivent avoir dans la théorie, et comment ceux-ci peuvent être retranscrits au sein d'une description scientifique qui aspire à des critères d'objectivité et de vérité. Qu'en est-il par exemple des faits psychologiques et sociologiques ? Dans quelle mesure sont-ils quantifiables, observables, et susceptibles de rentrer dans une théorie du droit naturalisée ? Qu'en est-il *a fortiori* des facteurs ou des faits moraux ? Sont-ils dignes d'entrer dans une théorie du droit ? Les évacuer par avance semble difficile quand les textes de droits eux-mêmes font usage de concepts moraux, comme c'est par exemple le cas du concept de dignité⁵. Mais en même temps, les intégrer au sein d'une théorie naturaliste semble tout aussi délicat.

Pour essayer d'explorer ces différentes questions, qui se situent au carrefour de la philosophie des sciences et en particulier de l'épistémologie, de la philosophie du droit, de la philosophie de l'action et de l'histoire des idées, ce travail prend la forme d'une *enquête*. On peut d'abord entendre ce terme au sens de Dewey. Chez lui, l'enquête se définit comme « la transformation contrôlée ou

⁴ Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence, Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, 2007.

⁵ On peut penser par exemple, dans le contexte français, aux affaires de lancers de nains, et notamment à l'arrêt du maire de Morsang-sur-Orge de 1991, qui signa l'interdiction du lancer de nain dans cette commune, qui fut infirmé par le tribunal de Versailles, puis finalement confirmé par le Conseil d'État, le 27/11/1995. Ce dernier a eu recours à la notion de dignité, et a considéré qu'une telle attraction portait atteinte à la dignité de la personne humaine. Cette notion de dignité, quoique controversée, est désormais très présente notamment en droit international, dans l'article 1 de la Charte européenne des droits fondamentaux (2000), et dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948). Elle a fait son entrée dans le droit français par le biais de l'affaire dite de Morsang-sur Orge.

dirigée d'une situation indéterminée en une situation qui est si déterminée en ses distinctions et relations constitutives qu'elle convertit les éléments de la situation originelle en un tout unifié »⁶. S'il y a enquête nous dit-il, c'est parce que nous avons affaire à une situation confuse et incertaine qui nous questionne, et qu'au contraire, nous pensons que nous pourrions la retravailler de telle sorte que nous ferions apparaître ses éléments constitutifs liés entre eux de manière plus claire et plus certaine. Dewey parle ici de situation en un sens très précis. Pour lui, une situation « *n'est pas* un objet ou évènement isolé ni un ensemble isolé d'objets ou d'évènements », car nous ne pouvons jamais, en faire l'expérience ou les penser isolément. Nous n'approchons d'un objet ou d'une collection d'objets qu'« en connexion avec un tout contextuel »⁷, et c'est précisément ce tout contextuel qu'il appelle une situation. C'est précisément ce genre d'enquête que nous voulons ici conduire.

Notre « situation » de départ, c'est la décision judiciaire, dont l'explication et la clarification semblent nécessaires, tant d'un point de vue philosophique que politique. Ses interactions avec différents contextes – politique, économique, social, moral, psychologique – demandent également à être clarifiées, et suscitent des interrogations méthodologiques importantes quant à la place du droit dans l'économie des sciences humaines. La décision judiciaire nous apparaît ainsi comme un précipité des problèmes philosophiques qui jalonnent les relations entre sciences naturelles et sciences humaines. L'angle de la naturalisation nous permet de les aborder aussi bien dans le champ juridique que dans le champ plus large des sciences humaines et de revisiter, avec un regard et des questionnements neufs, la querelle des deux sciences. Ainsi, notre question centrale est la suivante : à quel genre d'explication la décision judiciaire peut-elle prétendre ? Nous voulons montrer que plusieurs approches sont possibles et qu'elles répondent à des besoins, à des exigences et à des idéologies différentes, qu'il convient de démêler, et d'identifier. Cette enquête, dans son esprit, peut également se placer sous l'égide de la méthode de Sherlock Holmes, le détective de Conan Doyle, dont la méthode consiste en l'observation d'une situation – en général, d'une scène de crime – pour y repérer le détail important, celui qu'il faut mettre en lumière pour pouvoir ensuite opérer à partir de lui la déduction du sens global de cette situation et de ses différents éléments. Pour Sherlock Holmes, les phénomènes naturels, tout comme les phénomènes humains sont de part en part déchiffrables, à condition de les regarder et de les interpréter correctement. Pour lui, de même que Cuvier semblait capable de reconstituer le squelette d'un animal inconnu à partir d'un seul os, il devrait être possible de reconstituer tout une affaire à partir d'un seul indice. Pour nous, il s'agit ici de proposer un examen de cette action particulière qu'est la décision judiciaire, et d'éclairer d'une autre lumière et d'un autre

⁶ John Dewey, *Logique. La théorie de l'enquête* (1938), trad. Gérard Deledalle, Paris, PUF, « L'interrogation philosophique », 2006, p. 169.

⁷ *Ibid.*, p. 128.

endroit les questionnements issus de la philosophie de l'action, de la philosophie du droit et de la philosophie des sciences que nous avons mis en évidence.

Ce travail répond ainsi à une exigence de clarification mais également de mise en relation de champs de connaissance qui en général sont déconnectés les uns des autres. On constate en effet, non sans un certain étonnement, une forme d'indifférence entre d'une part la philosophie du droit et d'autre part les théories juridiques. « Rares sont en effet les philosophes qui se sont aventurés dans le domaine judiciaire, qui continue d'exercer sur eux une crainte révérencielle »⁸. Ils s'attachent plus souvent à des questions très générales et abstraites sur la justice et le droit. Inversement, peu nombreux sont les juristes versés dans les questionnements philosophiques généraux, les textes philosophiques semblant peu adaptés aux difficultés qu'ils aimeraient voir traitées quant à la pratique juridique. Or, et c'est une conviction qui a nourri ce travail, la philosophie a des choses à dire sur ces questions, et possède des outils, des trames argumentatives et des concepts qui permettent d'y répondre ou d'indiquer des voies de recherche. Il semble ainsi que les développements au XX^e et XXI^e siècles en philosophie de l'action soient tout indiqués pour alimenter les débats sur la question de la décision judiciaire. Il apparaît également que les débats qui ont agité et agitent encore la philosophie des sciences se retrouvent peu ou prou dans ceux qui ont agité les théoriciens du droit autour de la question de la constitution d'une science du droit, dès le tournant du XIX^e siècle. Nous avons donc eu le souci constant d'essayer de faire dialoguer des textes et des auteurs issus tant de la tradition juridique que de la tradition philosophique. La multiplication des sources bibliographiques que cela induit nous a amené à faire des choix – que nous signalons au cours de notre travail – parmi les auteurs, et nous avons chaque fois préféré ceux qui nous semblaient emblématiques d'une position ou d'un questionnement, porteurs du « détail » à partir duquel, comme chez Sherlock Holmes, on trouve la clef d'interprétation ou d'explication qui manque pour que la solution au problème posé se manifeste. Beaucoup des articles et des ouvrages que nous étudions sont en langue anglaise. Il nous a semblé utile de les citer et de les traduire abondamment, de manière à les rendre plus immédiatement accessibles au lecteur. Le souci qui nous anime est donc de proposer des ponts et des passerelles entre les disciplines, entre les langues ainsi qu'entre la théorie et la pratique.

Étant données les règles de méthode et les objectifs que nous nous sommes donnés, nous avons construit notre enquête en quatre temps. Le chapitre I débute par une analyse du mouvement du

⁸ Antoine Garapon, Julie Allard, Frédéric Gros, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 1. Dans cet ouvrage, les auteurs réunissent et présentent un ensemble de textes issus de la tradition philosophique, dans le but d'éclairer l'activité judiciaire et d'essayer de mettre en mot ce que c'est que bien juger. Il s'agit de leur part d'une volonté assumée de faire dialoguer philosophie et pratique juridique, la première étant considérée comme un creuset d'idées pour penser la seconde. C'est précisément dans ce type de perspective que nous souhaitons nous situer.

réalisme juridique américain, qui a fait date tant dans la tradition anglo-saxonne que continentale. Si l'on prend au sérieux leur exigence d'une théorie réaliste de la décision judiciaire, qui implique une ouverture du droit vers d'autres sciences et une volonté de prédire ce que les cours de justice décideront, on peut être tenté, à l'image de B. Leiter, d'en faire une lecture naturaliste. En souscrivant à un modèle de science prédictive et positiviste, les écrits réalistes peuvent être compris comme un appel à une naturalisation de la décision judiciaire voire de la théorie du droit. Mais que signifie naturaliser la théorie de la décision judiciaire ? Dans quelle mesure l'action de juger peut-elle être prévisible ? Peut-on expliquer le jugement judiciaire par des *causes*, ou bien faut-il parler des motivations des juges comme de *raisons* ? La voie naturaliste est-elle la meilleure pour répondre aux exigences réalistes ?

Le chapitre II s'attache alors à montrer que cette tentative de naturalisation de la théorie du jugement judiciaire mérite d'être comprise dans un contexte intellectuel et épistémologique plus large, celui de la querelle des deux sciences. Il s'agit ainsi de montrer que le statut et la forme que nous donnons à l'explication de la décision judiciaire dépendent de notre position concernant la question philosophique de savoir quel modèle est souhaitable pour les sciences de l'action humaine. Quel modèle explicatif apparaît le plus performant pour rendre compte de la décision judiciaire ? Ceci permet alors de revisiter la querelle classique entre sciences de la nature et sciences de l'homme au prisme de cette question, et ainsi de faire ressortir de nouvelles lignes argumentatives.

Le chapitre III fait apparaître que les débats et les interrogations qui ont eu lieu et ont encore lieu dans le champ philosophique trouvent des échos très nets dans les débats qui ont agité les juristes dès lors que ceux-ci, au tournant du XIX^e siècle, ont souhaité construire une science du droit authentique et autonome. Ces réflexions ont toujours cours, notamment avec l'émergence d'un nouveau type de science, le neurodroit, qui vient poser à nouveau frais, et avec acuité, la question de savoir si, et dans quelle mesure, il est possible de naturaliser nos théories de la décision judiciaire.

Enfin, le chapitre IV part du constat que ce qui fait obstacle à une naturalisation de la théorie de la décision judiciaire, ou qui, au contraire constitue le motif principal de ses défenseurs, c'est le pouvoir d'interpréter qui est au cœur du travail du juge. Dans toutes les réflexions sur le travail du juge, on décèle en effet un malaise autour de la question du possible pouvoir discrétionnaire de ce dernier. Il semble qu'on ne puisse l'envisager que de deux manières, tout aussi insatisfaisantes l'une que l'autre. Soit les juges ont effectivement un pouvoir discrétionnaire du fait de la latitude interprétative dont ils disposent, mais cela paraît alors incompatible avec l'exercice démocratique de la justice. Soit ils n'exercent pas un tel pouvoir, mais alors il faut leur nier toute marge interprétative, ce qui paraît cette fois contraire à toute description un tant soit peu réaliste du travail de prise de décision judiciaire. Face à cette apparente impasse, deux pistes s'offrent actuellement à nous, et il semblerait que nous

soyons à la croisée des chemins. D'un côté, se dessine ce qu'on peut nommer le tournant interprétativiste, qui s'incarne et s'inaugure dans l'œuvre du philosophe et juriste Ronald Dworkin. Nous réservons dans ce chapitre une place importante à cet auteur car il propose, d'abord, une réponse à la fois possible et originale à nos interrogations en mettant au centre de sa réflexion la notion de *récit*. La place que nous lui donnons se justifie également par le fait qu'il présente de nombreuses proximités avec le mouvement réaliste, contrairement à la manière dont il est en général présenté et dont il se présente lui-même. De l'autre côté, une autre piste se dessine, qui laisse entrevoir un tournant numérique. C'est celle d'une justice qui reposerait, en grande partie, voire en intégralité, sur des outils numériques. Cette justice numérique, digitale, tend à s'imposer comme un idéal d'efficacité et s'avère remarquable par son désir d'effacer toute marge interprétative, ou de la codifier sous la forme d'algorithmes de manière à la rendre maîtrisable de part en part. L'examen de ces deux tournants opposés – interprétativiste et numérique – permet de dessiner deux conceptions de la justice bien différentes, qui chacune répond, d'une certaine manière, à l'exigence d'une théorie réaliste de la décision judiciaire et à la question de savoir s'il est possible et souhaitable de s'engager dans une naturalisation de la théorie de la décision judiciaire.

Chapitre I. L'approche réaliste de la décision judiciaire

Une remise en question de la philosophie du droit, entre formalisme, naturalisme et pragmatisme

« Dans l'art du détective, il est excessivement important de distinguer entre les faits qui ne sont que des incidents et les faits essentiels. Sinon l'attention et l'énergie se dissiperaient au lieu de se concentrer. »

A. CONAN DOYLE, *Sherlock Holmes*⁹

La philosophie est souvent accusée, lorsqu'elle se spécialise en philosophie du droit, de manquer son objet. Elle ne parlerait pas du droit tel qu'il est, mais plutôt du droit tel qu'il devrait être ou tel que le philosophe rêverait qu'il soit. La philosophie s'en tiendrait à des réflexions très générales, spéculatives voire métaphysiques sur le droit et développerait, au pire, une scolastique sans intérêt pour les philosophes comme pour les juristes, au mieux, des analyses intéressantes, certes, mais pour le philosophe davantage que pour le juriste, si bien que ce dernier n'y verrait presque aucun lien avec sa pratique réelle.

Il est vrai que les grandes philosophies du droit que les philosophes ont édifiées, que l'on songe à Hegel par exemple, dont les *Principes de la philosophie du droit*¹⁰ consacrent l'expression, ou plus récemment à Rawls, avec sa *Théorie de la justice*¹¹, se situent à un très haut degré de généralité et d'abstraction. D'après Michel Troper¹², ces philosophies partagent les quatre caractéristiques et orientations générales suivantes : sur le plan ontologique, elles développent une réflexion sur l'essence du droit, de la justice, de l'État ; sur le plan épistémologique, elles cherchent à établir les conditions de possibilité d'une connaissance de ces derniers ; elles adoptent également un point de vue téléologique et normatif et discutent les finalités que poursuit ou devrait poursuivre le droit ; sur le plan logique enfin, elles proposent des analyses du raisonnement et de l'argumentation juridique. On comprend alors que le juriste n'y trouve pas nécessairement de réponse aux problèmes juridiques

⁹A. Conan Doyle, *Sherlock Holmes*, T1, « Les propriétaires des Reigate », Paris, Robert Laffont, « Bouquins », 1987, p. 583.

¹⁰G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (1821), trad. Jean-François Kervégan, Paris, PUF, « Quadrige », 2013.

¹¹John Rawls, *Théorie de la justice* (1971), trad. Catherine Audard, Paris, Seuil, 1987.

¹²Michel Troper, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2003, chapitre 1.

qu'il rencontre dans sa pratique, quand bien même ceux-ci auraient pourtant une portée philosophique. Selon le professeur et théoricien du droit Mark Van Hoecke¹³, la philosophie du droit ainsi comprise devrait être distinguée de la théorie générale du droit¹⁴. Cette dernière aurait pour objet, par contraste, le droit réel, et défendrait une approche analytique et scientifique, selon un principe de neutralité axiologique. L'un de ces tenants les plus représentatifs au XX^e siècle en serait Kelsen, avec l'élaboration d'une science normative du droit qui soit considérée comme une théorie pure, c'est-à-dire expurgée de tout jugement de valeur, et de tout élément qui ne soit pas purement juridique. Cette distinction est éclairante, mais en pratique, souligne M. Troper, ces deux dimensions sont parfois mêlées au sein d'un même ouvrage, et il arrive que l'auteur, qui déploie des analyses qui renvoient sans ambiguïté à la théorie générale du droit, désigne son ouvrage par le terme de philosophie et inversement. En général cependant, on remarque que ce qui est appelé philosophie du droit est plutôt d'inspiration jusnaturaliste, et renvoie à une démarche globalement normative et spéculative, tandis que les recherches de théorie générale du droit sont plutôt d'orientation positiviste et souscrivent à une méthode scientifique.

Sans annuler la précédente, une distinction plus éclairante pourrait être faite, si l'on suit à nouveau M. Troper, entre la « philosophie du droit des juristes » et la « philosophie du droit des philosophes »¹⁵. Ce schisme naît à la fin du XIX^e siècle de l'exigence clairement formulée par de nombreux juristes sur le continent comme dans le monde anglo-saxon, d'une réflexion du droit qui soit davantage en prise avec la pratique réelle des juges et de l'ensemble des acteurs judiciaires. La naissance d'une philosophie du droit « des juristes » s'inscrit dans un contexte intellectuel particulier. On assiste à la remise en cause des liens traditionnels entre droit et philosophie – placés jusqu'alors sous l'égide d'une pensée du droit naturel – et à une réflexion sur l'élaboration d'une science du droit qui s'inscrivent toutes deux dans le contexte plus large de la naissance de nouvelles sciences et de nouvelles méthodes, à l'aube du tournant analytique en philosophie. Autrement dit, cette exigence d'une nouvelle théorie et philosophie du droit s'enracine dans une période de bouleversements importants dans l'histoire des idées concernant le droit, la philosophie, et la science en général. L'étude de ce contexte très particulier et de ses implications pour le philosophe comme pour le juriste fera l'objet des deux chapitres suivants.

¹³ Marc Van Hoecke, *What is Legal Theory ?*, Leuven, ACCO, 1985. Il est actuellement professeur de droit comparé à l'Université de Londres.

¹⁴ Cette théorie générale du droit, les anglo-saxons la nomment « *jurisprudence* », ce qui peut prêter à confusion : on doit se souvenir que cela ne traduit pas du tout ce qu'en français nous appelons la jurisprudence.

¹⁵ Michel Troper, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 12-15.

Pour l'heure, il s'agit de comprendre de manière générale ce que désirent les juristes et que les philosophes ne fourniraient pas. Le point central de la critique réside dans un manque de considération pour *l'expérience juridique* proprement dite. En effet, la philosophie du droit des philosophes ne serait en réalité qu'une « philosophie appliquée : elle consisterait principalement dans la transposition aux problèmes du droit et de la justice des grandes doctrines philosophiques »¹⁶, considérant donc que les œuvres philosophiques seraient pourvoyeuses de solutions aux problèmes dont les juristes font l'expérience. Au contraire, ceux-ci attendent de la philosophie du droit « qu'elle parte de l'expérience juridique et qu'elle se présente comme une réaction contre la schématisation et la généralisation »¹⁷. Michel Troper donne ainsi l'exemple du théoricien du droit italien Norberto Bobbio pour qui la philosophie du droit doit porter « sur le concept de droit, la théorie de la justice et la théorie de la science juridique » mais qui, « au lieu de spéculer sur des essences », doit « partir des phénomènes juridiques »¹⁸. Il atténue toutefois la distinction stricte que fait Bobbio entre philosophie du droit des philosophes et philosophie du droit des juristes, en rappelant que même les théories descriptives des juristes, qui se veulent au plus près de l'expérience réelle du droit, reposent sur des présupposés, des orientations ou des choix qui reflètent, indirectement, ce que ces juristes pensent de ce que ces théories doivent être, des fins qu'elles poursuivent, de ce qui peut ou non être observé puis décrit. En effet, on ne manque pas de noter des points de discordance importants entre un philosophe ou un juriste qui pense que les valeurs morales peuvent être objectivement connues et décrites, et donc éventuellement intégrées à une théorie du droit, et celui qui soutient une position non-cognitivistique en matière de valeurs par exemple¹⁹. Ces théories n'échappent jamais autant qu'elles le veulent à toute prescription et à toute normativité.

Davantage de ponts existent désormais entre philosophie et droit – en témoignent par exemple les efforts des facultés de philosophie et de droit pour encourager les doubles cursus, les projets interdisciplinaires, et les multiples exemples de travaux, colloques, écrits pluridisciplinaires sur des questions pratiques. Toutefois, à observer les mises au point que ne manquent pas de faire les auteurs qui s'y essaient, on mesure à quel point l'interaction entre les deux disciplines n'est pas l'évidence, au-delà des difficultés liées à la connaissance des enjeux, du vocabulaire et des méthodes d'une discipline différente de la discipline dans laquelle on a été formé. On peut ainsi prendre l'exemple du récent ouvrage de Pierre-Yves Quiviger, *Penser la pratique juridique, Essais de philosophie du droit*

¹⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Dans le paysage juridico-philosophique du XX^e et XXI^e siècle, Dworkin serait un excellent représentant d'une forme de cognitivismisme en matière de valeur, tandis que Kelsen serait un tout aussi excellent représentant de la thèse adverse.

*appliquée*²⁰, qui dans son introduction, s'attache à clarifier les rapports entre philosophie et droit, et fixe un cap pour ce que doit être une philosophie du droit en général et une philosophie du droit appliquée en particulier. Parler d'une philosophie du droit appliquée, explique-t-il, c'est d'abord renvoyer la philosophie à sa dimension pratique en lui donnant pour objet des problèmes concrets, réels, effectivement rencontrés par les acteurs du droit, et en les traitant dans leur actualité. C'est ensuite lui choisir pour méthode celle d'un dialogue entre droit et philosophie : il ne s'agit pas d'adapter le savoir philosophique aux données juridiques, ou d'en faire une théorie générale. Ainsi écrit-il :

« Les pratiques et les savoirs constitués sont plus que le point de départ de travail, ils en sont aussi en un sens le point d'arrivée – la philosophie du droit peut *aider* le droit. Et pour aider, il lui faut être spécifique et intelligible, pour les juristes comme pour les philosophes [...]. »²¹

Cette idée que la philosophie du droit a un rôle à jouer auprès des juristes et le fait de le défendre et de le revendiquer comme un objectif en soi d'un ouvrage philosophique est en ce sens révélateur. Il y a sûrement, après plusieurs décennies voire siècles d'une philosophie du droit « métaphysique »²², à réparer les liens entre philosophie et droit, afin de faire de la philosophie une aide efficace. Pierre-Yves Quiviger donne ensuite une précision qui revêt un intérêt tout particulier pour le travail qui sera ici mené :

« la philosophie du droit n'est ni un point de vue philosophique sur le droit qui ferait l'impasse sur la spécificité du vocabulaire et du raisonnement juridique, ni une théorisation générale du droit qui ferait l'économie de la méthode philosophique ; elle est la rencontre du droit et de la philosophie, qui se nourrissent l'un l'autre. La philosophie du droit comme “droit *et* philosophie”, comme un discours relevant du droit comme de la philosophie – telle est la direction d'ensemble »²³.

La philosophie du droit, qu'elle soit appliquée ou non, se voit donc attribuer la mission de construire, avec le droit, une réflexion interdisciplinaire, à l'image des grands courants qui ont irrigué la pensée du droit au XX^e siècle, dans la lignée des *Law and Society*, *Law and Economics*, puis *Law and Literature*²⁴, qui ont essayé de montrer ce que peut apporter l'ouverture du droit à une autre discipline, avec toutes les tentatives de récupération et de fondation que cela ne manque pas d'engendrer. En

²⁰ Pierre-Yves Quiviger, *Penser la pratique juridique. Essais de philosophie du droit appliquée*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018.

²¹ *Ibid.*, p. 9.

²² L'expression est de Éric Millard, lorsqu'il décrit le rôle d'outil que peut jouer la philosophie, prise dans un sens analytique, pour la théorie générale du droit, en prenant bien soin de la distinguer de la philosophie traditionnelle du droit. Voir Éric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2006.

²³ Pierre-Yves Quiviger, *Penser la pratique juridique*, *op. cit.*, p. 9.

²⁴ Ces courants doctrinaux naissent dans la seconde moitié du XX^e siècle aux Etats-Unis. Comme leur nom l'indique, ils ouvrent le droit à des approches disciplinaires différentes (sociologie, économie, littérature notamment).

France, on doit beaucoup sur ce plan à Michel Troper, qui est à l'origine de la création du Centre de Théorie du Droit en 1978 à l'Université Paris Nanterre et qui est maintenant devenu le Centre de Théorie et Analyse du Droit. Ce centre vise à promouvoir l'enseignement de la théorie générale du droit, à la recherche dans ce domaine ainsi qu'à développer les interactions entre cette discipline et les sciences humaines²⁵.

Ces différentes tentatives pour lier le droit à quelque chose qui n'appartient pas strictement à la sphère de la juridicité sont symptomatiques d'une interrogation sur le concept de droit et ses limites, quant à la place d'une connaissance du droit en particulier dans le monde de la connaissance en général, mais également une interrogation quant à sa fonction dans la vie sociale. Autrement dit, et ce sera une constante de la fin du XIX^e siècle, du XX^e siècle et de la période contemporaine, la question de l'autonomie du droit et de sa théorie, de la définition de son champ, de son interaction, nécessaire ou non, avec d'autres sciences (naturelles, formelles ou humaines), ainsi que la question adjacente des méthodes pour mener à bien la connaissance du droit, sont absolument centrales pour comprendre les évolutions de notre manière de penser le droit, et de penser le rôle que la philosophie peut avoir à jouer le concernant. Les réponses à ces interrogations sont le plus souvent évaluées à l'aune de leur capacité à saisir ce qu'est effectivement le droit, non pas simplement en lui-même ou pris isolément, mais aussi et surtout dans ses significations et ses effets sociaux, politiques, voire moraux, économiques et psychologiques.

En effet, l'une des grandes critiques à laquelle les théoriciens du droit ont dû faire face au tournant du XIX^e siècle, qu'ils soient juristes ou philosophes, est celle d'un manque de *réalisme*. Les théoriciens du droit, qu'ils le pensent ou qu'ils l'enseignent, auraient majoritairement péché par excès d'abstraction, d'idéalisme et de théorie, versant ainsi dans un formalisme coupable. On trouve cette critique très tôt et très clairement formulée outre-Atlantique, d'abord dans le mouvement de la *Sociological Jurisprudence*, puis dans celui du réalisme juridique américain (*American Legal Realism*). D'après l'ouvrage-maître de William Twining²⁶, on trouve les prémises du mouvement réaliste dès les années 1870 aux Etats-Unis et il s'achève *stricto sensu* en 1931, lors de la controverse sur la définition du courant réaliste entre Roscoe Pound (1870-1964), alors doyen de la faculté de droit de Harvard, et Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962), professeur à la faculté de droit de Columbia. Les différents protagonistes de la *Sociological Jurisprudence* et du réalisme se sont principalement côtoyés dans les prestigieuses universités américaines ayant des facultés de droit

²⁵ Le CTAD correspond à l'UMR 7074 CNRS. On peut se faire une idée de ses activités de recherche et de ses publications sur son site internet en suivant ce lien : <https://ctad.cnrs.fr/presentation/> (consulté le 27/06/22).

²⁶ William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (1973), seconde édition, New-York, Cambridge University Press, 2012. Toutes les citations en français de cet ouvrage sont traduites par nous.

renommées, principalement à Yale, à Harvard, à l'Université de Columbia, à l'Université Johns Hopkins, et à l'Université de Chicago. W. Twining, dans l'ouvrage que nous venons de citer, fait revivre l'effervescence intellectuelle qui eut lieu autour des idées réalistes en prenant pour fil rouge la vie et la pensée de Llewellyn.

I. Un besoin de réalisme

1. La Sociological Jurisprudence et le réalisme américain

Le réalisme juridique américain naît en grande partie de l'héritage de la *Sociological Jurisprudence* porté principalement par Oliver Wendell Holmes Jr (1841-1935), grand professeur de droit à Harvard, juge à la Cour Suprême du Massachussets, et par Roscoe Pound. Ces mouvements sont d'ailleurs si enchâssés l'un dans l'autre qu'on peine à les distinguer véritablement²⁷. Ainsi, souligne Françoise Michaut :

« Il est difficile de dissocier la “*sociological jurisprudence*” et le réalisme américain naissant des grands courants philosophiques et scientifiques de leurs époques respectives et il n'est pas nécessaire de faire des efforts immenses pour rechercher ce qui serait implicite dans l'œuvre de leurs représentants. D'une part, les influences sont nettes ; d'autres part, le parcours intellectuel de nombre des auteurs considérés, a déjà été tracé par eux-mêmes (Roscoe Pound, par exemple) ou présenté par des biographes, si bien que l'on peut savoir, avec précision, pour plusieurs d'entre eux, qui ils ont lu, quand, qui ils ont rencontré et la pensée de qui les a spécialement impressionnés. Ainsi en est-il tout particulièrement de celui qui est au départ de la “*sociological jurisprudence*” et qui a eu, en même temps, une influence de tout premier plan dans la constitution du courant réaliste, Oliver W. Holmes, Jr. »²⁸

Holmes remet en cause l'idée que la science du droit puisse se comprendre comme une science purement formelle, déductive et logique, et s'attaque en particulier à la conception de Christopher Columbus Langdell, alors largement répandue à l'époque. Langdell était un éminent professeur de droit à l'université de Harvard. C'est lui qui, dans les années 1870, alors que l'enseignement du droit à temps complet vient tout juste d'apparaître dans les universités, est à l'origine de la célèbre méthode des cas (*case method*), qui vaut encore aujourd'hui, après certaines révisions, dans l'enseignement du

²⁷ Pour une présentation détaillée de ces deux mouvements, de leurs relations et du contexte général américain qui y donne naissance, on peut lire Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000, en particulier l'introduction et les deux premières parties, qui étudient successivement la *Sociological Jurisprudence* et le réalisme américain.

²⁸ Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 15-16.

droit américain. Cette méthode d'apprentissage du droit, qui modifie et modernise la manière dont les études de droit étaient conduites jusqu'alors²⁹, consiste à présenter à l'étudiant en droit des cas que le professeur a préalablement sélectionnés comme typiques. Mais, au lieu de lui présenter des constructions juridiques toutes prêtes, il s'agit de le guider pour découvrir les solutions possibles au cas envisagé. Le but est d'habituer les étudiants à dégager de la contingence des faits les principes juridiques permettant de traiter une affaire. C'est donc l'étude de cas concrets jugés particulièrement éclairants qui préside à l'apprentissage des grands principes exprimant l'essence du droit. Cette découverte des principes du droit par la méthode des cas rend ensuite capable le futur juriste de repartir de ces principes et d'en déduire les réponses à apporter aux cas qui se présenteront à lui par la suite. Ainsi, écrit Langdell :

« Le droit, considéré comme une science, est constitué d'un certain nombre de principes et de doctrines. Être un vrai juriste, c'est avoir une maîtrise telle de ces derniers qu'on est capable de les appliquer avec une facilité et une certitude constante à l'écheveau éternellement emmêlé des affaires humaines. »³⁰

En ce sens, l'activité du juriste se comprend avant tout comme un travail de déduction logique à partir de la connaissance des règles principielles du droit. Toutefois, Langdell reconnaît fort bien que pour parvenir à identifier les principes premiers du droit desquels découle tout jugement, on raisonne de manière inductive en prenant pour point de départ des décisions judiciaires particulières, et non pas de manière déductive en partant de généralités abstraites. Ainsi, même si le droit est pour lui une science logique, formelle et totalement autonome, il ne se réduit pas à une science purement déductive et mécanique, même si l'activité mécanique et déductive constitue la plus grande part du travail du juriste. Langdell s'inscrit ainsi dans une tradition formaliste de la science et de l'enseignement du droit. Quoiqu'il renvoie à un formalisme plutôt sophistiqué, qui ne nie pas la part importante de manipulation pratique des cas pour les étudiants, et la nécessité de penser sa méthode en connexion avec des décisions juridiques réelles, il n'en est pas moins considéré par les réalistes, et avant eux par Holmes, comme « l'ennemi »³¹ numéro un. En effet, W. Twining remarque à quel point Langdell est considéré par Holmes notamment, mais par un réaliste comme Jerome Frank également, comme le

²⁹ Sur l'histoire et l'évolution des méthodes d'enseignement du droit aux Etats-Unis, voir par exemple Albert J. Harno, *Legal Education in the United States*, San Francisco, Bancroft-Whitney Company, 1953. Le *Journal of Legal Education*, publié par l'*Association of American Law Schools* constitue également une ressource considérable sur ces questions.

³⁰ « Law, considered as a science, consists of certain principles or doctrines. To have such a mastery of these as to be able to apply them with constant facility and certainty to the ever-tangled skein of human affairs is what constitutes a true lawyer. », in Christopher Columbus Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, Little Brown and Company, 1871, introduction, p. vi (nous traduisons).

³¹ William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*, p. 10-11.

symbole du formalisme en droit, ce qui ne va pas sans une tendance à caricaturer leur adversaire et ses positions.

En opposition avec l'approche langdellienne, Holmes met au centre de sa pensée le concept d'expérience plutôt que celui de logique et affirme que, bien davantage que la logique, c'est l'expérience qui est le moteur du développement du droit. Dans son ouvrage majeur, *The Common Law*, il affirme sans ambiguïté :

« La vie du droit, ce n'est pas la logique, mais l'expérience. Ce qui est ressenti comme une nécessité à une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes. »³²

Autrement dit, il souhaite que le droit soit pensé avant tout comme une matière vivante que le juge utilise pour répondre aux réalités d'une société continuellement en mouvement. C'est pourquoi, dans son célèbre article « The Path of the Law »³³, il revient sur cette erreur trop fréquente selon lui, consistant à croire que le droit se développe exclusivement de manière logique. Bien évidemment affirme-t-il, comme dans tout domaine auquel on applique la raison, on trouve dans le droit des lois logiques présidant à son existence, et des liens de cause à effet permettant d'en développer la connaissance. Par ailleurs, il est tout à fait vrai que la logique irrigue le droit, sa pratique et son enseignement. Ainsi écrit Holmes :

« Cette manière de penser est tout à fait naturelle. La formation des juristes est une formation à la logique. Les procédés de l'analogie, de la distinction et de la déduction sont ceux avec lesquels ils sont les plus familiers. Même le langage de la décision judiciaire est celui de la logique. De plus, la méthode et la forme logiques flattent le désir de certitude et de repos qui hante l'esprit humain. Néanmoins, la certitude est une illusion et le repos n'est pas la destinée de l'homme. Derrière la forme logique se trouve un jugement sur la valeur et l'importance relative de fondements législatifs concurrents, un jugement souvent inarticulé et inconscient il est vrai mais qui est néanmoins à la racine de tout le processus et en constitue le véritable nerf. Vous pouvez faire apparaître n'importe quelle conclusion sous forme logique. Vous pouvez toujours impliquer une condition dans un contrat. Mais pourquoi le faites-vous ? »³⁴

³² Oliver W. Holmes, *The Common Law* (1881), foreword by Stephen L. Carter, Chicago, American Bar Association Classics Series, 2009, p. 1, trad. F. Michaut, dans « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "*Sociological Jurisprudence*" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », in *Revue de droit comparé*, vol. 39, n°2, 1987, p. 352.

³³ Oliver W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, n°10, 1897, trad. Françoise Michaut, « La passe étroite du droit », *Clio@Thémis*, 9, 2015. En ligne : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=942> (consulté le 18/02/2022).

³⁴ Oliver W. Holmes, « La passe étroite du droit », *op. cit.*, §99.

Ainsi, derrière tout jugement logique en droit, réside nécessairement un jugement concernant la valeur et l'importance que l'on donne à des sources juridiques différentes et parfois concurrentes, en vertu de certains choix politiques, moraux et globalement sociaux concernant ce que l'on définit comme un bien. Ainsi, pourquoi la loi permet-elle à un individu de monter un commerce lorsque cet individu sait pertinemment qu'il va ruiner le commerce de son voisin ? Parce qu'on présuppose que le bien public serait mieux préservé si on permet la libre-concurrence et la liberté d'entreprise, ce qui renvoie bien à un choix politique et à un jugement axiologique en faveur du libéralisme par exemple. Cette croyance selon laquelle le droit serait avant tout affaire de logique nous empêche de mesurer l'ampleur de l'interaction entre le droit et la vie sociale. D'après Holmes, « les juges eux-mêmes n'ont pas convenablement pris conscience de leur devoir de peser les considérations d'intérêt social »³⁵. En prendre véritablement conscience, c'est au contraire accepter la thèse célèbre de Holmes selon laquelle le droit n'est pas un ensemble de principes formels fixés une fois pour toutes, mais qu'il est ce que font effectivement les tribunaux et les cours de justice. Ces derniers sont pris dans les développements de la vie sociale et politique, qui elle-même motive en retour leurs choix. C'est ce qui permet à Holmes d'affirmer dans une formule qui depuis ne cesse d'être reprise et commentée : « la “prédiction” de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit »³⁶.

2. Renouveau de l'enseignement du droit

Une telle conception renouvelée du droit implique un renouvellement parallèle de son enseignement. Holmes le souligne dans « The Path of the Law ». Il consacre d'ailleurs la fin de son article à cette question. Que doit étudier celui qui veut comprendre le droit ? Holmes met en garde son lecteur sur une méprise possible : parce qu'on découvre que le droit a plus à faire avec l'expérience et la vie qu'avec la logique, il faudrait abandonner la théorie pour plus de pratique. Or c'est tout le contraire, « nous n'avons pas assez de théorie dans le droit et non pas trop »³⁷. En effet, comment bien juger d'un cas pratique si au fond, on ne dispose pas d'une « compréhension des raisons du droit »³⁸ ? Bien juger nécessite d'abord de maîtriser la doctrine existante sur un sujet « dans ses généralisations les plus élevées avec l'aide de la théorie du droit (“*jurisprudence*”, en anglais) » ; mais il faut ensuite « découvrir dans l'histoire comment il en est venu à être ce qu'il est » ; il faut

³⁵ *Ibid.*, §102.

³⁶ *Ibid.*, §88.

³⁷ *Ibid.*, §121.

³⁸ *Ibid.*

encore pour terminer « examiner les fins que les différentes règles cherchent à atteindre, les raisons qui font que ces fins soient désirées, ce à quoi il est renoncé pour y parvenir et si elles en valent le prix »³⁹. C'est notamment ce dernier domaine d'étude qui, selon Holmes, est le moins développé, bien que, à son avis, l'enseignement du droit se soit bien amélioré entre l'époque où il mena son droit et celle où il écrivit « *The Path of the Law* ».

La question de l'enseignement du droit est en effet cruciale. C'est un point commun de la réflexion de la *Sociological Jurisprudence* et des réalistes, qui sont non seulement des juristes mais aussi pour la plupart des professeurs de droit, très investis dans leur enseignement. Deux remarques permettent de s'en convaincre.

Arthur Linton Corbin (1874-1967), professeur de droit à Yale au début du XX^e siècle, est un réaliste qui a beaucoup œuvré au rayonnement de cette faculté. W. Twining lui consacre un chapitre⁴⁰ dans la galerie de portraits que constitue la première partie de son ouvrage sur le réalisme et Llewellyn. Corbin est l'un de ceux qui dans cette faculté œuvre à penser une autre méthode d'enseignement que celle de Langdell, alors totalement dominante. Il consacre toute son énergie à chercher de nouvelles méthodes d'exposition de la doctrine juridique et à réfléchir aux techniques pédagogiques qui peuvent, en parallèle, être efficaces. W. Twining montre comment il s'attache à surmonter le fossé entre la théorie et la pratique, entre le rôle supposé du juge et son rôle réel, entre ce que disent les juristes et ce qu'ils font, en un mot, entre le droit tel qu'il est présenté dans les livres et celui que les juristes pratiquent effectivement. Il cite à ce propos une anecdote que Corbin confie à Llewellyn dans une lettre. Il raconte que les études de droit qu'il a lui-même suivies n'ont été pour ainsi dire d'aucune utilité et qu'il s'est trouvé totalement démuni lorsqu'il a dû plaider les premières fois dans les affaires pour lesquelles il était engagé. Ce qu'on lui avait enseigné, écrit-il, n'était que de la « doctrine en boîte ». Il juge ses premières plaidoiries absolument catastrophiques et ne les considère pas autrement que comme un « scandale et un crime »⁴¹ contre la pratique du droit elle-même. Voilà à quoi s'est résumé pour lui l'apport de ses études de droit lors de ses premières expériences de la pratique juridique. Sa seule consolation à l'époque, confie-t-il à son collègue, était que fort heureusement, les avocats des parties adverses étaient aussi mauvais que lui. Cette rétrospective sur l'enseignement qu'il a reçu est révélatrice du sentiment partagé chez ces juristes d'une nécessité de refonder urgemment l'enseignement du droit, et pas seulement la vision du droit.

³⁹ *Ibid.*, §120.

⁴⁰ William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*, « Corbin's Yale, 1897-1918 », p. 26-40.

⁴¹ Lettre à Karl N. Llewellyn du 1^{er} Décembre 1960, citée par William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*, p. 28.

On peut faire une remarque similaire à propos de ce qui se joua dans les années 1920 à l'Université de Columbia. Là encore, W. Twining y consacre un chapitre passionnant⁴², qui restitue l'ambiance et l'ébullition intellectuelle qui avait alors cours. Sans entrer dans les détails, on peut rappeler qu'il s'est agi, à l'été 1926, sous l'impulsion du président de la faculté, de lancer une grande réflexion sur les programmes d'études en droit, et plus généralement sur l'enseignement juridique. Les réalistes qui enseignaient à cette époque à Columbia ont été, explique W. Twining, non seulement partie prenante des discussions qui ont eu lieu pendant plusieurs années, mais aussi les éléments déclencheurs du mouvement de réforme de l'enseignement. C'est en particulier sous la houlette de Herman Oliphant que de nouvelles organisations des enseignements sont proposées à la discussion, ainsi qu'une refonte en profondeur des contenus et des pédagogies qui les accompagnent⁴³.

C'est donc dans ce contexte de refonte en profondeur tant des perspectives sur le droit que des méthodes d'enseignement du droit que les réalistes américains vont élaborer et défendre leurs thèses. En effet, comment prendre en charge l'explication du droit dans toute son ampleur, c'est-à-dire, comme phénomène social, institutionnel et politique, et plus particulièrement, comment expliquer la décision judiciaire, processus mystérieux où se conjuguent diverses causes, raisons, déterminismes et indéterminations, dont les juges ne seraient pas nécessairement pleinement conscients ? Peut-on seulement les connaître et partant, comment les enseigner ? Ce qui était sûr pour eux, c'est que les méthodes formalistes en étaient incapables et devaient être repensées de fond en comble. Cette refonte touche à des questionnements très divers et très profonds, dont les enjeux sont absolument cruciaux. En effet, le droit peut être décrit comme un système de lois visant à réguler les actions, les interactions et les comportements humains : quelle compréhension a-t-on de la conduite humaine ? L'explique-t-on toujours ? Peut-on présupposer l'existence d'un libre-arbitre ? Ces questions sont redoutables mais, qu'on le veuille ou non, le droit en dit bien quelque chose.

Par exemple, le fait que le droit français consacre un circuit de justice à part pour les mineurs, peut être considéré comme une manière de répondre, indirectement, à ce qui permet de reconnaître qu'une action est libre et responsable, et que son auteur dispose de la capacité à s'en attribuer la responsabilité, conditions sans lesquelles il n'est pas possible d'être pleinement jugé par un tribunal de justice. Être pleinement libre et responsable de ses actes suppose par exemple une certaine émancipation morale à l'égard des différentes figures d'autorités que l'on reconnaît ou qui pèsent sur

⁴² William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, op. cit., « Columbia in the 1920's », p. 41-55.

⁴³ C'est d'ailleurs dans ces années à Columbia que le mouvement réaliste, selon W. Twining, se sépare en deux grandes tendances, l'une axée sur la méthode scientifique et l'ouverture du droit sur des recherches empiriques tournées vers une forme d'ingénierie sociale, et l'autre sur une réflexion sur les pratiques juridiques et sur l'édition d'ouvrages de technique juridique (compilations de cas, études de décisions, etc.). Schématiquement les premiers, les « Scientists », quittent Columbia, tandis que les autres, les « Prudents », y demeurent. W. Twining décrit les trajectoires des grandes figures de ces différentes tendances dans le chapitre intitulé « The Aftermath of the Split », p. 57-69.

nous, d'être en mesure d'échapper à l'influence d'un milieu familial ou social délétère et de s'en protéger par soi-même, de disposer d'une conscience et d'une connaissance suffisante de soi et des lois sous le coup desquelles on tombe. Ce sont autant de conditions que l'enfant mineur ne satisfait pas pleinement, et qu'il apprend à satisfaire, et qu'un juge des enfants doit évaluer pour ajuster les mesures de protection ou les sanctions qu'il prend à la situation précise qu'il a à juger. Cela indique en creux qu'on postule, à l'âge adulte, une certaine liberté des individus à agir de manière consciente et volontaire, et qu'ils ont accès à une certaine connaissance des causes qui les motivent et des déterminations juridiques auxquelles ils doivent répondre.

Par ailleurs, ces questions d'ordre philosophique et général sont redoublées à un autre niveau : elles ne concernent pas seulement les citoyens qui ont à voir avec un système du droit, mais également ceux qui administrent le droit, et en particulier les juges qui règlent les différends et les cas litigieux. De quel libre-arbitre disposent-ils eux-aussi ? Sont-ils capables de faire la part des choses entre les raisons juridiques qui doivent motiver leurs décisions et leurs actes d'une part et d'autres part les déterminations – politiques, économiques, psychologiques, etc. – auxquelles, comme tout être humain, ils ne peuvent échapper ? On présuppose que c'est au moins pour partie le cas puisque les décisions que les juges prennent ont toujours, d'une manière ou d'une autre, un effet sur nos libertés, leur exercice, et que dans le même temps, on considère que notre système de lois est au fondement même de notre espace démocratique et que sa juste application en est la condition d'existence.

Le droit, parce qu'il est devenu le socle des sociétés démocratiques contemporaines, se situe au croisement de plusieurs champs – juridique bien sûr, mais également, sans être exhaustif, politique, moral, sociologique, économique, psychologique, historique. Ces différents champs ont tous une légitimité à prétendre connaître le droit, ou du moins certains de ses aspects. Mais à qui revient, ultimement, de le connaître dans sa totalité ? Est-ce seulement possible ? Les réalistes ne répondent bien sûr pas toujours clairement, ni totalement, ni d'ailleurs de manière unanime à cette question, mais ils s'accordent tous sur le fait que l'on ne peut y parvenir si l'on considère les systèmes de droit comme clos sur eux-mêmes. Le droit doit être compris comme une matière vivante, humaine, dont la connaissance nécessite de faire appel à d'autres sciences que les sciences juridiques. Tout l'enjeu sera de savoir vers quelles sciences se tourner et quelle méthode scientifique retenir.

3. Des lectures du réalisme américain

Ceux que l'on a appelés les réalistes américains et que l'on a rassemblés sous la bannière d'un même mouvement de pensée ne représentent pas, en réalité, un courant homogène et univoque. Nous reviendrons sur ce point par la suite, car il est important, mais pour le moment, il nous suffit de dire

que le réalisme juridique américain est souvent présenté ainsi par paresse ou facilité, et s'il arrive parfois que l'on rappelle qu'il regroupe des travaux et des personnalités éclectiques, on persiste malgré tout à y voir quelque chose comme une unité sous-jacente ou un mouvement de fond inconscient, qui permettrait de relier tous lesdits réalistes.

C'est que, comme le dit très bien Frederick Schauer, le réalisme américain est « un terrain très convoité »⁴⁴. En effet rappelle-t-il, des perspectives très différentes ont été prises pour présenter et décrire la nature de ce mouvement ainsi que ses thèses essentielles. Pour certains, le réalisme américain se caractérise avant tout par le fait qu'il donne beaucoup d'importance, concernant le processus de prise de décision judiciaire, aux faits particuliers d'une affaire, et s'oppose en cela à des courants juridiques plus traditionnels qui pensent que ce sont les règles juridiques abstraites constitutives du système du droit qui sont réellement déterminantes pour l'issue d'une affaire. Pour d'autres, ce qui est central dans le réalisme c'est le fait que les juges, lorsqu'ils décident d'une affaire, ont d'abord une intuition de la décision à prendre qu'ils confirment après coup par des règles de droit. Pour d'autres encore, c'est l'opposition au formalisme qui est vue comme une caractéristique fondamentale pour définir le courant réaliste, et en particulier l'idée qu'une certaine partie du droit serait juridiquement indéterminée et dépendrait de facteurs extérieurs au droit. Pour certains, c'est la méthode utilisée par les réalistes qui permet le mieux de définir leur mouvement, c'est-à-dire une méthode qui privilégie une approche empirique et externe du droit et de ses processus et dont l'objectif premier est de prédire l'issue des affaires portées en justice. D'autres enfin, termine F. Schauer, voient dans le réalisme un intérêt porté à la substance du droit davantage qu'à la décision judiciaire, qui ne le définit ni comme un droit naturel, ni comme axiologiquement neutre, mais plutôt comme le résultat de choix politiques et économiques.

Chacune de ces versions du réalisme prétend à la vérité et à une forme d'exclusivité. Cette bataille pour s'imposer comme la bonne lecture du réalisme « est en réalité une bataille pour s'approprier l'héritage de ce qui semble être l'un des plus importants courants de la théorie du droit américaine »⁴⁵. L'enjeu est donc de taille, et il s'agit d'essayer par ces différentes tentatives d'établir un lien de parenté entre le réalisme et une théorie contemporaine que l'on cherche à fonder. Selon F. Schauer, même si l'on peut bien sûr préférer certaines lectures, il n'y a pas nécessairement à trancher en faveur de l'une ou de l'autre car toutes mettent en avant un aspect de ce qu'a pu vraiment être le réalisme et de la manière dont on peut le comprendre aujourd'hui, à la lumière des questions qui sont

⁴⁴ « Legal Realism is contested terrain. », Frederick Schauer, « Foreword », in William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, op. cit., p. IX.

⁴⁵ « is in reality a battle over ownership of the legacy of perhaps the most important strand of American legal theory », *ibid.*, p. XIV.

les nôtres. « Comme Llewellyn l'a toujours dit, le réalisme juridique désigne un état d'esprit plutôt qu'une position concrète »⁴⁶. Ainsi, les différentes positions que l'on a appelées réalistes ne sont ni uniformes ni parfaitement cohérentes, mais sont associées entre elles par quelque chose comme un air de famille.

La lecture que propose W. Twining constitue un point de repère bibliographique capital pour les travaux sur le réalisme. Il ne cherche pas particulièrement à mettre en avant un aspect du réalisme au détriment des autres, mais prend plutôt une perspective historique sur ce mouvement. Il cherche en quelque sorte à décrire les conditions – en particulier intellectuelles, matérielles, juridiques, politiques et historiques – qui ont présidé à la naissance des idées réalistes et à leur implémentation progressive dans les esprits. Pour lui, le réalisme juridique américain ne prend véritablement son sens que s'il est convenablement replacé dans le contexte des années 1920 aux Etats-Unis. Pour en rendre compte, il choisit un angle particulier, la vie et l'œuvre de Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962), qui anime, au sens littéral, la pensée juridique américaine entre les années 1920 et les années 1960. Précisons que W. Twining a lui-même été élève et proche de Llewellyn et qu'il a donc le concernant une connaissance inestimable qui n'est pas seulement livresque et théorique. Par souci de clarté et d'efficacité, lorsque nous nous référerons au réalisme américain, nous nous appuierons le plus souvent sur l'œuvre de Llewellyn, sans doute la plus riche, la plus nuancée, et la plus philosophique aussi, aux dires de W. Twining lui-même, qui nous soit donnée d'étudier parmi les œuvres des réalistes qui lui sont contemporains.

Mais Llewellyn ne travaille pas seul. Lorsque en 1931, dans l'article « Some Realism about Realism »⁴⁷, il lance, avec Jerome Frank, le terme « réaliste » pour caractériser sa pensée et celle du courant qui lui semblait naître, il fournit une liste de vingt noms, que nous reproduisons ici : W. Bingham, C. E. Clark, W. W. Cook, A. L. Corbin, W. O. Douglas, J. Francis, J. Frank, L. Green, J. C. Hutcheson, S. Klaus, K. N. Llewellyn, E. G. Lorensen, W. U. Moore, H. Oliphant, E. W. Patterson, T. R. Powell, M. Radin, W. A. Sturges, L. A. Tulin, H. E. Yntema. Cette liste n'est ni exhaustive ni indiscutable ; mais elle donne une idée de ceux qui se considéraient comme réalistes et que Llewellyn considéraient comme ayant une démarche et des perspectives communes⁴⁸.

Ajoutons enfin que le travail de W. Twining est d'autant plus important qu'il répond, lorsqu'il paraît en 1973, à un manque dans la littérature existante. En effet, le réalisme en général et Llewellyn

⁴⁶ « [...] Legal Realism is more a state of mind than a concrete position, as Llewellyn long insisted. », *ibid.*, p. XVII.

⁴⁷ K. N. Llewellyn, « Some Realism about Realism », *Harvard Law Review*, n°44, 1931.

⁴⁸ Sur la question très débattue de la délimitation des auteurs susceptibles de faire partie du courant réaliste et en particulier sur la liste de noms que Llewellyn et Frank proposent en 1931 dans « Some Realism about Realism » (*Harvard Law Review*, n°44, 1931) voir William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*, p. 73-83.

en particulier ont été, pendant un temps, copieusement ignorés par la postérité, à la suite de la lecture hâtive et erronée qu'en a notamment proposé Hart dans le *Concept de droit*⁴⁹, qui paraît pour la première fois en 1961. Selon le tableau qu'il en fait, le réalisme serait une approche totalement extérieure au droit, dont la thèse centrale serait que le droit est juridiquement indéterminé, au point que l'issue des affaires ne peut être prédite que par des faits et des explications no-juridiques, ce que bien sûr aucun réaliste n'a jamais soutenu⁵⁰. Cette présentation particulièrement infidèle à l'esprit du réalisme lui a causé par la suite beaucoup de tort et a longtemps fait passer le réalisme pour un mouvement sans intérêt. Même encore maintenant, soulignent F. Schauer et W. Twining, le réalisme américain est relativement marginalisé dans la théorie du droit. Ils expliquent également cette mise à l'écart du réalisme par le degré de sophistication extrême auquel est arrivée, selon eux, la théorie générale du droit, ce qui laisse trop peu de place à la dimension empirique de l'approche réaliste des problématiques juridiques.

La lecture des travaux de W. Twining sur le réalisme et sur Llewellyn permet donc d'abord de se replonger dans l'univers intellectuel de ce courant. Elle nous permet dans un second temps de recevoir d'un œil averti une lecture assez récente et originale du courant réaliste, celle de Brian Leiter, et de la situer de manière critique dans le paysage contemporain : c'est en effet dans la perspective de la bataille pour l'obtention de l'héritage tant disputé du réalisme juridique américain que nous la comprenons, et plus largement encore dans la perspective de la querelle – ou des querelles – existant entre sciences humaines et sciences naturelles et qui concernent la définition de leur objet, de leur méthode, et de la science elle-même. La lecture naturaliste de B. Leiter, dont la voix est importante et reconnue dans le champ de la philosophie et de la théorie du droit, établit une connexion privilégiée entre le droit et les sciences naturelles. Elle nous intéresse particulièrement car elle nous situe d'emblée au cœur des disputes épistémologiques et méthodologiques concernant les sciences contemporaines et nos manières de faire des sciences, et dessine pour le droit et la théorie du droit un chemin dont il nous faut faire apparaître et discuter les enjeux.

⁴⁹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit* (1961), deuxième édition augmentée, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

⁵⁰ Voir le résumé qu'en fait F. Schauer, *ibid.*, p. XXIII-XXIV, en particulier la note 48, et la postface de William Twining intitulée « Afterword », p. 388-443, où il revient sur la question.

II. Lire le réalisme juridique américain comme un naturalisme : l'interprétation de Brian Leiter

Né en 1963, Brian Leiter est philosophe, théoricien du droit américain et professeur à l'Université de Chicago où il dirige le *Center for Law, Philosophy, and Human Values*⁵¹. *Naturalizing Jurisprudence, Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, paru en 2007⁵², est un recueil d'articles récents, ré-agencés de manière à produire une réflexion cohérente et homogène sur la théorie du droit. Il défend dans cet ouvrage un double projet : le premier concerne la théorie du droit et le second, l'histoire de la théorie du droit.

Le premier objectif de B. Leiter est de proposer une théorie du droit qui se fonde sur un naturalisme philosophique. Que signifie être un philosophe naturaliste en matière de théorie du droit ? Nous y reviendrons plus précisément, mais on peut commencer par affirmer que le naturalisme philosophique dans sa forme contemporaine est avant tout une affaire de méthodologie, au sens où il consiste en une thèse méthodologique qui affirme que la philosophie doit être en continuité avec l'enquête empirique des sciences. Pour le dire autrement, le naturaliste affirme que dans la résolution de problèmes philosophiques, ce qui doit primer, voire ce qui seul doit être pris en compte, ce sont des enquêtes scientifiques descriptives et empiriques, situées *a posteriori*. Ce qui signifie que la méthode traditionnelle de la philosophie, à savoir l'analyse conceptuelle, qui se situe au contraire *a priori*, c'est-à-dire avant toute expérience ou enquête empirique, est sévèrement remise en cause, si ce n'est intégralement récusée pour certains. On comprend que ce qui est alors fortement mis à mal, voire intégralement réfuté, c'est l'idée d'une philosophie comme science première, fondationnelle, l'idée de la fameuse philosophie comme *prima philosophia*. Appliquée au domaine juridique, une position naturaliste signifie alors que la théorie du droit doit être fondée non pas sur une analyse conceptuelle d'ordre philosophique, mais uniquement sur des théories descriptives et empiriques. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la perspective naturaliste à partir de laquelle B. Leiter réexamine la théorie du droit et de là, s'engage dans un processus de naturalisation de celle-ci. C'est là le cœur de son entreprise dans *Naturalizing Jurisprudence* : définir et justifier le naturalisme à partir duquel il compte opérer, proposer un programme de naturalisation de la théorie du droit, en montrer les enjeux, les réalisations, les limites et les obstacles. Précisons d'emblée, pour éviter toute

⁵¹ Il a été accueilli comme professeur invité au Centre de Théorie et d'Analyse du Droit de l'Université Paris Nanterre pendant deux semaines en mars 2010 où il a donné un séminaire auquel nous avons assisté, destiné à faire découvrir et discuter ses thèses.

⁵² Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence, Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, 2007. Toutes les citations en français de cet ouvrage sont traduites par nous.

confusion, que l'objet de B. Leiter n'est pas de naturaliser le droit, mais de naturaliser – ou plutôt de réfléchir à comment naturaliser – la théorie du droit, c'est-à-dire de penser la construction d'une théorie du droit qui soit en continuité avec l'enquête dans les sciences naturelles et sociales. Ce qui est en question n'est donc pas le droit mais la théorie du droit, examinée sous l'angle de sa possible naturalisation. Sa réflexion se situe alors à un niveau nécessairement épistémologique.

Le second objectif de B. Leiter consiste à réhabiliter le courant des réalistes juridiques américains, qui à ses yeux, et comme W. Twining l'a souligné avant lui, présente une importance capitale, mais a été majoritairement ignoré. Il partage l'idée que la responsabilité en revient en grande partie à Hart et à la mauvaise lecture qu'il a faite des réalistes, les réduisant à une caricature d'eux-mêmes que personne ne peut sérieusement soutenir. En conséquence, et bien que ce courant informe totalement la pratique juridique et l'enseignement du droit actuels, il se retrouve pourtant le plus souvent passé sous silence en philosophie du droit. C'est pourquoi B. Leiter entreprend de dissiper cet état de fait en commençant par rendre compte de l'interprétation classique qui a été faite du réalisme juridique, pour en montrer ensuite les erreurs de lecture, et proposer enfin une réinterprétation du réalisme. La conclusion à laquelle il aboutit est que les réalistes juridiques, dès les années 1930, avaient une théorie du droit très proche de celle des naturalistes actuels, et que dans une certaine mesure, ils voulaient parvenir à une véritable théorie du droit naturalisée. Le but de B. Leiter est ensuite de prendre appui sur cette tentative de naturalisation de la théorie du droit pour réfléchir à la validité de ce type d'entreprise, et la remettre en chantier.

B. Leiter fait partie de ceux qui voient dans le réalisme juridique américain un véritable courant, que l'on peut historiquement dater, dont les personnalités majeures sont identifiables et partagent, malgré l'existence de différences importantes entre certains auteurs, un ensemble de thèses communes et spécifiques – même si, on l'a vu, il est peut-être historiquement plus juste de parler d'un esprit réaliste que d'un véritable courant de pensée. B. Leiter connaît cette objection et s'attache justement à dégager de la diversité des auteurs qui ont constitué le réalisme – et dont la liste fait débat – un noyau de thèses communes. Selon lui, un examen attentif des écrits des réalistes montre qu'en fait, tous les auteurs qui se sont déclarés tels ou y ont été assimilés partagent des thèses similaires concernant la théorie du jugement judiciaire (*theory of adjudication*) et un intérêt commun pour cette dernière. Ainsi écrit-il :

« En effet, les auteurs qui sont, aux dires de tous, des figures majeures du réalisme juridique – par exemple Karl Llewellyn, Jerome Frank, Max Radin, Underhill Moore, Hessel Yntema, Felix Cohen, Herman Oliphant, Leon Green, Joseph Hutcheson – ont tous partagé un intérêt pour la compréhension de la prise de décision judiciaire, et, en particulier, ont partagé certaines conceptions importantes concernant la manière dont le

jugement judiciaire fonctionne *réellement*. C'est depuis longtemps une évidence pour les juristes dont le travail est véritablement informé par le réalisme. »⁵³

D'après B. Leiter, si les juristes en sont plutôt convaincus parce qu'ils l'expérimentent dans leur pratique, il reste à en convaincre les philosophes qui n'ont souvent vu dans le réalisme qu'un ensemble de thèses farfelues. C'est contre l'idée que les réalistes seraient dépourvus d'intérêt théorique, juridique et philosophique que B. Leiter entreprend de reconstruire d'une manière plus conceptuelle, théorique, homogène, et rigoureuse, ce qui peut ou a pu apparaître à certains a-conceptuel, trop exclusivement centré sur la pratique juridique, théoriquement disparate et confus. C'est en ce sens qu'il s'engage dans une nouvelle interprétation des réalistes américains, mue par un principe de charité interprétative à leur endroit :

« Je considère ce que je suis en train de faire ici comme une *reconstruction philosophique* du réalisme juridique. Souvent, les réalistes eux-mêmes ont été sérieusement embarrassés par des questions philosophiques, ce qui explique, en partie, leur triste réputation parmi les philosophes du droit. Néanmoins, ils ont fait preuve d'une véritable perspicacité concernant le droit et le jugement judiciaire – plus que la plupart des philosophes du droit – et leur regard reflète une certaine sensibilité philosophique. Cet essai tente de reconstruire et de défendre cette sensibilité. Une telle interprétation a fait cruellement défaut à la littérature juridique sur le réalisme. Bien qu'aujourd'hui nous possédions une grande variété de matériaux *historiques* sur le réalisme, il n'y a encore jamais eu d'interprétation *bienveillante* du réalisme faite d'un point de vue philosophique. Une interprétation philosophique du réalisme requerra, bien entendu, de passer au crible la masse des écrits réalistes, dans le but de produire une théorie du droit digne d'attention philosophique. J'espère montrer que cette théorie – que j'appelle une “théorie du droit naturalisée” – n'en reste pas moins reconnaissable comme réaliste dans l'esprit, si ce n'est dans ses moindres détails. »⁵⁴

Pour réhabiliter la pensée des réalistes juridiques, B. Leiter procède donc de manière reconstructive. Il s'attache en effet à donner *après coup* un aspect cohérent au mouvement du réalisme juridique américain, ce qui n'est pas une évidence, même à leur époque. Il est bien conscient du fait que sa présentation du réalisme juridique procède d'un travail de réinterprétation, et que ce qu'il fait dire aux réalistes n'apparaît nulle part de manière explicite dans leurs travaux. Sa réinterprétation des

⁵³ « For those writers who are, by any account, major figures in Legal Realism – e.g. Karl Llewellyn, Jerome Frank, Max Radin, Underhill Moore, Hessel Yntema, Felix Cohen, Herman Oliphant, Leon Green, Joseph Hutcheson – *all* shared an interest in understanding judicial decision-making and, in particular, shared certain substantive views about how adjudication *really* works. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁴ « I regard what I am doing here as a *philosophical reconstruction* of Legal Realism. The Realists themselves were often badly confused about philosophical matters, which accounts, in parts, for their sorry reputation among legal philosophers. Nonetheless, they had genuine insight into law and adjudication – more than most legal philosophers – and these insights reflect a philosophical sensibility of sorts. This essay tries to reconstruct and defend this sensibility. Such an account has been sorely missing from the literature on Realism. While we now have a rich variety of *historical* materials on Realism, there has been no *sympathetic* interpretation of Realism from a philosophical perspective. A philosophical interpretation of Realism will, of course, require us to sift through the mass of Realist writings, in order to produce a theory of law worthy of philosophical attention. This theory – what I call a “naturalized jurisprudence” – is one that remains, I hope to show, recognizably Realistic in spirit, if not in all its details. », *ibid.*, p. 21.

travaux des réalistes américains – qui est, soulignons-le, faite de manière très consciencieuse et très précise – ne cache pas sa nature de reconstruction. « Elle remet dans des termes philosophiques les arguments et les positions en grande partie non-philosophiques des réalistes juridiques américains », de sorte que B. Leiter peut affirmer : « la philosophie vient de moi, les arguments et les idées fondamentaux, d’eux »⁵⁵. L’objectif n’est évidemment pas de leur faire dire ce qu’ils n’ont pas pensé, mais d’essayer de reconstruire, là où il lui semblait insuffisant voire inexistant, l’arrière-plan philosophique qui donne selon lui tout son sens aux démarches des réalistes. C’est en quelque sorte une rationalisation philosophique *a posteriori* qu’il se donne pour objectif de mener. Ce faisant, il pare par avance à beaucoup d’objections puisque son interprétation ne se veut pas vraie au sens où elle serait fidèle à la lettre aux réalistes, mais globalement vraie dans l’esprit. Cette entreprise s’effectue chez lui en deux étapes : il s’agit d’abord pour lui de délimiter la thèse centrale commune à l’ensemble des réalistes juridiques, à partir de laquelle des différences entre juristes peuvent être remarquées, puis de montrer que l’arrière-plan philosophique et théorique du réalisme est avant toute chose un naturalisme.

Avant d’exposer plus précisément le projet de B. Leiter concernant la théorie du droit et la lecture qu’il défend des réalistes, il nous faut signaler que ceux-ci ont suscité de nombreuses critiques, donc aucune à nos yeux n’invalide de manière fondamentale son travail. On pourrait s’attendre à ce que les critiques de B. Leiter se focalisent plutôt sur une mise en cause du processus de naturalisation de la théorie du droit, arguant par exemple d’une irréductibilité de la science du droit aux autres sciences et d’une spécificité de ce domaine, mais il n’en est rien, et c’est davantage à propos de l’interprétation historique du mouvement que l’on a nommé le réalisme américain et du sens que l’on peut lui attribuer qu’elles se concentrent. On peut citer à cet effet l’ouvrage de Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*⁵⁶, qui se présente en partie comme une réponse à celui de B. Leiter et une discussion de son travail. Il y propose une réécriture de l’histoire des réalistes américains et des thèses qui leur sont généralement attribuées qui va à l’encontre de l’interprétation conventionnelle que l’on a coutume d’en faire. Ceci, d’une certaine manière, le rend très proche de B. Leiter, à ceci près qu’il est en désaccord avec bien des points qui président à la réinterprétation des réalistes que propose B. Leiter, et qu’il en fait une cible plus qu’un allié.

On peut également signaler deux remarques que W. Twining adresse à B. Leiter en relevant deux fragilités dans sa démarche. À sons sens, B. Leiter propose une relecture des réalistes et de leur importance pour le XX^e et le XXI^e siècle tout à fait pertinente, quoique sujette à controverse, et

⁵⁵ « [...] it puts together in philosophical terms the largely unphilosophical arguments and positions of the American Legal Realists. The philosophy is mine, the basic arguments and ideas theirs. », *ibid.*, p. 104.

⁵⁶ Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2010. Toutes les citations en français de cet ouvrage sont traduites par nous.

souligne que des travaux de ce type sont précieux pour attirer l'attention sur une pensée souvent mal comprise et mise à l'écart. Cependant, en cherchant à reconstruire l'arrière-plan philosophique des réalistes, il a tendance à reconduire des généralités à propos de ces derniers, en reconstruisant des thèses qui ne leurs sont communes qu'au prix d'une édulcoration et d'une absence de prise en compte des particularités de chaque auteur. Selon W. Twining, il aurait mieux valu tenter une telle reconstruction philosophique en la centrant sur un auteur en particulier, comme il l'a d'ailleurs fait lui-même avec Llewellyn, ce qui lui aurait garanti davantage de précision et lui aurait permis de ne pas se restreindre à un domaine étroit de la théorie du droit, celui de la décision judiciaire⁵⁷. La seconde critique consiste à reprocher à B. Leiter d'échafauder un édifice argumentatif particulièrement sophistiqué et complexe pour défendre l'idée très simple, et qu'il partage avec lui, qu'il faudrait plus de continuité entre l'analyse philosophique en théorie du droit et les études empiriques. En effet écrit-il :

« Le “tournant naturaliste” en philosophie est un borborygme qui comprend un très large spectre de thèses que l'on ne peut discuter ici. Je doute qu'on ait besoin d'une justification philosophique sophistiquée de la proposition selon laquelle il y a et devrait y avoir une relation étroite entre la clarification conceptuelle et les études juridiques empiriques. Si l'on considère pragmatiquement les concepts comme des outils pour penser, comme Bentham, Dewey et Llewellyn l'ont tous fait, il est clair que les études juridiques empiriques ont besoin d'outils conceptuels appropriés et utilisables pour interpréter, décrire et expliquer les phénomènes juridiques. L'une des tâches de la théorie du droit analytique est de développer ce genre d'outils. »⁵⁸

W. Twining en effet, s'inscrit dans une démarche de réconciliation entre ces branches de la recherche concernant le droit, et considère ses travaux comme une manière « d'essayer de franchir le fossé qui sépare le monde de l'approche anglaise et analytique de celui de l'approche américaine et sociologique dont les relations sont complémentaires et pas forcément polémiques »⁵⁹.

Il n'est pas utile à notre propos d'entrer davantage dans les détails du débat que suscitent les thèses de B. Leiter, car celui-ci prend des formes très pointues et pointilleuses, que l'on peut rapprocher de ce que Steven Shapin nomme l'« hyperprofessionnalisme »⁶⁰, qu'il définit comme la forme pathologique du professionnalisme universitaire. L'une des marques caractéristiques de cet

⁵⁷ Voir William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, op. cit., p. 432.

⁵⁸ « The “Naturalist Turn” in philosophy is a morass, involving a wide spectrum of views that cannot be pursued here. I have some doubts about the need for a sophisticated philosophical justification for the proposition that there is and should be an intimate relationship between, conceptual elucidation and empirical legal studies. If one looks on concepts pragmatically as thinking tools, as Bentham, Dewey, and Llewellyn all did, it is clear that empirical legal studies need appropriate and usable conceptual tools for interpretation, description, and explanation of legal phenomena. One task for analytical jurisprudence is developing such tools. », *ibid.*, p. 432.

⁵⁹ « [...] to try to bridge the gap between the complementary and unnecessarily polemical worlds of the English analytical and American sociological approaches. », *ibid.*, p. XXVIII.

⁶⁰ S. Shapin, « Hyperprofessionalism and the Crisis of Readership in the History of Science », in *Isis*, vol. 96, n°2, 2005.

hyperprofessionnalisme est une certaine auto-référentialité qui, selon S. Shapin, se manifeste généralement par l'autocommentaire entre soi, la tendance à fétichiser les conventions d'exposition employées et l'aversion pour une réflexion qui prendrait des chemins de traverse. Ce sont autant de traits que l'on retrouve par exemple dans la discussion qu'engage B. Leiter avec B. Z. Tamanaha, et dans les réponses⁶¹ que formule le premier au second.

1. Le noyau théorique central du réalisme

D'abord, souligne B. Leiter, les réalistes juridiques réfléchissent sur un objet particulier, le jugement judiciaire (*adjudication*) et non sur le concept de droit de manière générale et abstraite. Leur thèse principale est une thèse descriptive et empirique, en rupture avec les conceptions traditionnelles de la dogmatique juridique, qui affirme que, dans le processus de prise de décision, « les juges répondent avant tout au *stimulus* des faits », c'est-à-dire que « les juges parviennent à des décisions en se fondant sur ce qu'ils pensent être juste concernant les faits d'une affaire, plutôt que sur les règles de droit applicables. Il est possible de trouver une version de cette thèse centrale dans les écrits de tous les principaux réalistes »⁶². Cette thèse affirme donc que les juges, lorsqu'ils tranchent un litige ou décident d'un cas, sont d'abord et avant tout réactifs aux faits (*fact-responsive*) qui sont relatifs au cas ou au litige qu'ils traitent. Ces faits agiraient sur les juges comme des *stimuli* et leurs décisions pourraient être comprises comme des réponses à ces *stimuli*. Cela signifie plus précisément que les juges prennent leur décision en se fondant d'abord sur ce qu'ils pensent être juste à propos des faits qu'ils doivent juger, avant de se fonder sur des lois, des règles et des normes juridiques.

Ceci appelle au moins trois remarques. Premièrement, la thèse réaliste du jugement judiciaire va à l'encontre de la conception formaliste du droit qui soutient au contraire que les juges répondent avant tout, voire exclusivement, à des lois, des règles et des normes juridiques. Pour les formalistes, les juges ne sont pas réactifs aux faits mais bien plutôt réactifs aux règles du droit (*rule-responsive*). Formalistes et réalistes s'opposent donc sur la définition des raisons principales qui motivent les décisions des juges. Là où les formalistes affirment que les juges agissent uniquement en vertu de raisons d'ordre juridique, les réalistes affirment au contraire que les juges agissent avant tout pour

⁶¹ Voir notamment l'article que B. Leiter écrit suite à la parution du livre de Brian Z. Tamanaha qu'il juge « provocant » : Brian Leiter, « Legal Formalism and Legal Realism : What Is the Issue ? », in *Legal Theory*, vol. 16, n°2, 2010.

⁶² « [...] judges respond primarily to the stimulus of facts. », « [...] judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case rather than on the basis of the applicable rules of law. It is possible to find some version of the Core Claim in the writings of all the major Realists. », *ibid.*, p. 21-22.

des raisons non-juridiques, même si, évidemment – et les réalistes ne le nient évidemment pas – ils ont aussi des raisons juridiques d’agir, sans quoi ils ne seraient plus des juges.

Deuxièmement, la manière dont les réalistes envisagent le jugement judiciaire a de fortes accointances avec les thèses behavioristes. En effet, de même que la psychologie behavioriste se fonde sur l’association comportement/*stimulus* et ne fait référence à aucun état interne tel que le désir ou la croyance par exemple, de même dans le réalisme juridique, on trouve une association similaire entre la décision des juges et les *stimuli* que les faits relatifs au cas examiné constituent pour eux. B. Leiter le souligne :

« La rhétorique du behaviorisme – si ce n’est le behaviorisme lui-même en général – irrigue les ouvrages des réalistes : d’où le sens de la formulation de la thèse centrale des réalistes dans les termes d’une réactivité aux faits. Pour le réaliste comme pour le behavioriste, la seule question qui se pose est : quels *stimuli* déclenchent la réponse judiciaire ? Les réalistes soutiennent que ce sont avant tout les faits sous-jacents à une affaire, plutôt que les règles de droit, qui “déclenchent” la réponse. »⁶³

Un schéma behavioriste de l’action et de la génération de cette dernière informe la perspective réaliste concernant la prise de décision judiciaire. Il est important de souligner que, quand bien même ce type de théorie est désormais largement remis en cause, à l’époque des réalistes, c’est le behaviorisme de Watson qui, en psychologie, fait référence⁶⁴. Cette perspective behavioriste sur le jugement judiciaire montre que les réalistes visaient, quoique sur des fondements scientifiques désormais remis en cause, un double objectif : fournir une explication causale et donc scientifique du jugement judiciaire ; et accéder à la possibilité de prédire, étant données des causes identifiables (les raisons juridiques et non juridiques qu’ont les juges de décider d’une manière ou d’une autre), des effets certains (l’issue des jugements judiciaires). Toutefois, si cette perspective informe bel et bien les travaux réalistes, ces derniers ne le suivent pas en tous points, en témoigne le concept de « raisons » juridiques ou non juridiques que les réalistes utilisent et qui échappe tout à fait au lexique behavioriste.

Troisièmement, on peut remarquer que la thèse réaliste du jugement judiciaire se fonde sur l’idée que les lois et les règles juridiques à partir desquelles les juges prennent leurs décisions sont juridiquement sous-déterminées. Quand on dit qu’un juge prend ses décisions en vertu de raisons autres que juridiques, cela veut bien dire que les raisons juridiques fournies par les lois ne suffisent

⁶³ « The rhetoric of behaviorism – if not generally behaviorism itself – permeated the writings of the Realists : hence the sense of formulating the Core Claim in terms of fact-responsiveness. For the Realist-cum-Behaviorist, the only question is : which stimuli trigger the judicial response ? The Realists hold that it is primarily the underlying facts of the case, rather than the rules of law, that “trigger” the response. », *ibid.*, p. 24.

⁶⁴ En 1913, paraît le fameux article de J. B. Watson, intitulé « Psychology as the behaviorist views it » dans la *Psychological Review*, 20, p. 158-177. Il y expose le projet d’une psychologie nouvelle, behavioriste, et écrit par exemple que la psychologie « est une branche purement objective et expérimentale des sciences naturelles. Son but théorique est la prédiction et le contrôle du comportement ». Deux autres de ses ouvrages majeurs, *Psychology from the Standpoint of a Behaviorist* et *Behaviorism* paraissent respectivement en 1919 et 1925.

pas à déterminer la décision du juge, et qu'il se décide aussi en fonction d'autres raisons. Ceci est rendu manifeste lorsque par exemple des cours d'appel décident de ne pas suivre un jugement rendu en première instance. Nous sommes dans des cas où les juges peuvent choisir entre plusieurs décisions possibles. Ils ont alors à leur disposition plusieurs interprétations valables pour le même ensemble de faits. Pour les réalistes, ce qui va *in fine* motiver des décisions différentes, ce ne sont pas des raisons juridiques, puisqu'elles n'indiquent pas une seule issue possible d'un procès. Ce sont d'autres raisons, d'ordre non juridique. Ce sont précisément ces autres raisons que les réalistes entendent prendre en compte, et qui ne trouvaient pas jusqu'ici de place dans les raisonnements de type formaliste. Ce que soulignent les réalistes, au fond, c'est donc le pouvoir discrétionnaire dont disposent toujours les juges lorsqu'ils qualifient et interprètent des faits dans le but de rendre une décision. Face à des cas difficiles, où plusieurs interprétations sont possibles, les juges doivent en choisir une, voire en créer une nouvelle. Ainsi le juge n'est-il pas la simple « bouche de la loi ». Il en est toujours aussi l'interprète. On peut ici faire référence à la distinction que fait Riccardo Guastini, dans ses *Leçons de théorie constitutionnelle* entre différents actes d'interprétation. Selon lui, il faut distinguer :

- « (a) l'interprétation-connaissance qui consiste à dégager les significations possibles d'un texte (d'après les règles de la langue, les différentes techniques interprétatives, les thèses dogmatiques répandues dans la doctrine, etc.) sans en choisir aucune ;
- (b) l'interprétation-décision qui consiste à choisir une signification déterminée parmi les significations identifiées (ou identifiables) au moyen de l'interprétation-connaissance tout en écartant les autres ;
- (c) l'interprétation-crédation qui consiste à attribuer à un texte une signification "nouvelle" – non comprise dans les significations identifiables par l'interprétation-connaissance – et/ou à tirer du texte des normes dites "implicites" par des moyens pseudo-logiques (c'est-à-dire, par des raisonnements non déductifs et donc non contraignants) : par exemple au moyen de l'argument analogique. »⁶⁵

Les juges, selon les réalistes, interprètent la loi en fonction de raisons en partie non-juridiques et agissent selon les schémas de l'interprétation-décision et de l'interprétation-crédation décrits par R. Guastini. Comme le souligne Éric Millard dans sa *Théorie générale du droit*, dans le cadre d'une perspective réaliste et empiriste, il n'y a pas de place pour une interprétation-connaissance. Les énoncés ont bien sûr des significations et certaines méthodes linguistiques peuvent permettre de les déterminer, mais c'est l'opération d'interprétation qui confère un contenu de signification aux énoncés juridiques. La signification attribuée à un texte ou à des faits est le produit d'un acte de volonté, voire de création de l'interprète, et donc d'une prescription. « Ces décisions d'attribution de significations constituent des faits et ces faits sont les faits à partir desquels travaille une science empirique du droit : elle décrit des normes (significations) à partir des actes d'attribution de

⁶⁵ Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. Véronique Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, 2010, p. 199.

signification »⁶⁶. Ce que font les réalistes, c'est d'une part, souligner que les juges, en tant qu'interprètes du droit, sont toujours pris dans des actes d'interprétation-décision, et d'autre part, tenter de rendre compte des raisons – notamment non-juridiques – qui engagent les juges à interpréter et donc décider d'une manière plutôt que d'une autre. C'est donc aux réalistes américains, comme le rappelle E. Millard, que l'on doit en grande partie la naissance de la théorie de l'interprétation-volonté – ou « interprétation-décision » voire « interprétation-crétation » dans la terminologie de R. Guastini. Ils ont ainsi permis le développement d'une approche non formaliste du droit qui affirme que les autorités juridiques (et notamment les juges) possèdent un réel pouvoir normatif, et cherchent à en comprendre et en prévoir les rouages et les motivations.

Les réalistes constatent donc qu'autre chose que des raisons juridiques entre en compte dans les jugements rendus par des juges. Cela signifie que pour pouvoir *prédire* ce qu'un juge ou une cour décidera – et c'est là l'objectif pratique visé par les réalistes et avant eux, indiqué par Holmes –, il faudra aussi prendre en compte des raisons qui ne sont pas d'ordre juridique. On comprend alors la volonté affirmée des réalistes de procéder empiriquement, en prêtant plus de valeur à la manière dont les juges saisissent les faits et sont affectés par eux, qu'à un examen formel du droit. Pour eux, un tel examen est par principe insuffisant puisque le domaine du droit n'est pas uniquement composé d'éléments formels. C'est pourquoi, constate B. Leiter, les réalistes focalisent leur attention sur la question de savoir comment un juge prend *réellement* sa décision. Insistons bien sur le *réellement* : les réalistes ne se demandent jamais comment, dans l'idéal des règles du droit, les juges prennent ou devraient prendre leur décision. Ils se demandent toujours quels sont les faits empiriques qui causent leur décision et leur font utiliser les règles juridiques qu'ils ont à leur disposition de telle façon plutôt que de telle autre.

Toutefois, si les réalistes sont tous d'accord là-dessus, ils ne s'accordent pas tous sur la manière de définir les autres raisons qui interviennent dans les décisions des juges. Sur cette question, qui engage de manière connexe la question de savoir s'il est possible de prédire les décisions des juges, les réalistes se divisent selon B. Leiter en deux branches. Ce point est d'importance car c'est selon lui le fait de ne pas les avoir clairement discernées qui a entraîné une mauvaise intelligibilité de ce courant.

⁶⁶ Éric Millard, *Théorie générale du droit, op.cit.*, p. 95.

2. Une mauvaise interprétation du réalisme

Selon B. Leiter, il y a, parmi les réalistes, une branche minoritaire et une branche majoritaire. Elles se distinguent l'une de l'autre quant à leur manière de définir la nature des raisons non juridiques qui motivent la décision des juges. Selon la nature présumée de ces raisons, il sera plus ou moins possible d'en prédire les effets sur le jugement judiciaire. La branche minoritaire, que B. Leiter nomme aussi la « branche idiosyncrasique », est principalement représentée par Jerome Frank⁶⁷. C'est cette branche-là du réalisme qui a pourtant été prise pour le réalisme, alors qu'elle se confond peu ou prou avec la personne de Frank et propose des thèses que la plupart des juristes se refusent en général à défendre. En effet, cette version du réalisme, que beaucoup ont cru à tort majoritaire, se présente comme « (1) une *théorie descriptive* de la nature de la décision judiciaire selon laquelle, (2) les juges exercent une discrétion sans entrave, dans le but (3) d'atteindre des résultats fondés sur leurs goûts et leurs valeurs *personnelles*, (4) qu'ils *rationalisent* après coup par des règles et des raisons juridiques appropriées »⁶⁸. D'après cette conception, ou autrement dit, selon Frank, c'est la personnalité idiosyncrasique du juge, c'est-à-dire l'ensemble formé par sa psychologie propre ainsi que ses goûts, ses préférences et ses valeurs personnelles, qui détermine sa décision. Il y a donc bien des raisons qui déterminent la manière dont un juge va agir, mais ces raisons sont totalement inaccessibles à un observateur extérieur. Il faudrait, pour identifier ces raisons et donc leurs effets, connaître toute l'histoire personnelle d'un juge, toutes les particularités de sa psyché et être capable de surcroît de savoir quelles sont celles qui entrent en ligne de compte dans le processus de décision. Seul le psychanalyste, à la limite, pourrait y avoir accès, si tant est que les juges se prêtent à ce type d'analyse et que les résultats qui en découlent soient suffisamment fiables. En conséquence, si l'on admet la conception de Frank, on doit conclure qu'il est impossible de prédire la décision d'un juge et que seule demeure la possibilité de décrire des différences entre les personnalités des juges. Or souligne B. Leiter, de l'aveu même de Frank, la conception de ce dernier a constitué une sorte d'extrême au sein du mouvement réaliste.

Selon la branche majoritaire du réalisme, que B. Leiter nomme aussi la « branche sociologique », les décisions judiciaires sont effectivement déterminées par des faits psychologiques et sociaux, mais ceux-ci sont partagés par une communauté de juges. D'après cette perspective, il est alors possible de prédire les décisions des juges si l'on a une connaissance de ces faits psychologiques et sociaux. Ces faits sont censés être stables et généraux, et permettre la construction de modèles de

⁶⁷ Voir notamment Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930.

⁶⁸ « (1) a descriptive theory about the nature of judicial decision, according to which, (2) judges exercise unfettered discretion, in order (3) to reach results based on their personal tastes and values, which (4) they then rationalize after-the-fact with appropriate legal rules and reasons. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 16.

décisions également stables et généraux ne reposant pas sur les préférences personnelles des juges. Ces modèles de décision prennent en compte les faits qui constituent les situations juridiques examinées, et la manière dont ces faits affectent psychologiquement les juges dans des circonstances sociales données. L'hypothèse qui sous-tend cet examen est que certaines configurations de faits appellent certains types de prise de décision. Dès lors que les causes de la décision des juges sont accessibles à l'observateur, qu'elles sont suffisamment déterminées et générales pour être connaissables, il devient possible de prédire une décision judiciaire. Au contraire, « quand les “entraves” de la décision sont idiosyncrasiques, la clef de la prédiction demeure épistémologiquement opaque »⁶⁹. Tout dépend donc de la nature des « entraves » ou des contraintes qui pèsent sur les juges, c'est-à-dire des déterminants de leur action qui peuvent être d'ordre juridique, sociologique, psychologique, religieux, ou encore politique, historique et culturel. Or l'un des thèmes familiers des écrits des réalistes, et l'un des objectifs principaux qu'ils poursuivent est sans aucun doute leur intérêt pour prédire les décisions judiciaires. Cela constitue donc un argument de poids pour affirmer que le réalisme juridique américain correspond davantage à l'interprétation qu'en propose ici B. Leiter qu'à la caricature à laquelle on les réduit souvent.

« Nous pouvons maintenant apercevoir quels sont les contours de l'interprétation de la thèse centrale du réalisme qui doivent être distingués de la conception courante. Premièrement, le choix de la décision doit en fait être suffisamment entravé pour que la prédiction soit possible. Et deuxièmement, ces entraves qui pèsent sur le choix ne doivent pas consister en faits idiosyncrasiques concernant la personne des juges, mais doivent plutôt être suffisamment générales et communes pour à la fois être accessibles et permettre le genre de généralisations valides qui rendent la prédiction possible. J'appellerai la première la thèse du déterminisme et la seconde la thèse de la généralité. Si l'on ajoute à la thèse centrale du réalisme ces deux thèses, on n'obtient pas la *Conception Courante Frankifiée*, mais une conception qui, c'est ce que je soutiendrai, est dominante chez les réalistes. »⁷⁰

C'est donc bien une re-conception du réalisme que B. Leiter propose. Il commence par identifier dans la réception classique de ce mouvement une erreur de compréhension et d'interprétation, pour ensuite la corriger et finir par proposer une conception plus juste du projet visé par les réalistes. Cette re-conception du réalisme est aussi une tentative de réévaluation de ce courant, auquel il faudrait redonner sa juste place, une fois établie sa juste compréhension. En effet, si ce

⁶⁹ « When the “fettters” upon decision are *idiosyncratic*, the key to prediction will remain epistemologically opaque. », *ibid.*, p. 26.

⁷⁰ « We can now see all the contours of the interpretation of the Core Claim that are needed to distinguish it from the Received View. First, choice of decision must, in fact, be sufficiently fettered so that prediction is possible. And second, these fetters upon choice must not consist in idiosyncratic facts about individual judges, but rather must be of sufficient generality or commonality to be both accessible and to admit the sorts of lawful generalizations that make prediction possible. I shall call the former the Determinism Thesis and the second the Generality Thesis. Supplement the Core Claim with these two theses, and you get not the Frankified Received View, but a view which, I shall claim, is the dominant view among Realists. », *ibid.*, p. 26.

dernier a été longtemps décrié en tant que philosophie ou théorie du droit, c'est parce qu'on l'a assimilé aux théories de Frank, contestables en bien des points. Or, pour les tenants du réalisme majoritaire, leur tâche est clairement définie, et bien distincte de la démarche de Frank : il s'agit pour eux de construire une théorie du droit capable d'identifier, de décrire et de prédire des modèles de décision judiciaire, c'est-à-dire capable de rendre compte de manière explicative et causale des jugements judiciaires.

Insistons sur le fait qu'il s'agit de les identifier, de les décrire et de les prédire, et non pas de les justifier. La tâche de la théorie du droit, chez les réalistes, est clairement non-normative, et ne procède pas selon une analyse conceptuelle. Bien plutôt, elle trouve ses outils au sein d'autres sciences, qui ne sont pas seulement les sciences naturelles, comme la sociologie et la psychologie, voire l'anthropologie. Elle cherche à construire des modèles décisionnels dans lesquels la décision des juges, loin d'être un mystère, apparaît comme le résultat d'un faisceau de causes sociologiques, psychologiques et politiques qui ne sont pas idiosyncrasiques, mais au contraire, caractéristiques et exemplaires du pouvoir judiciaire⁷¹. Il faut également insister sur le fait que le réalisme américain est marqué par une volonté de penser la *pratique* judiciaire, et donc de connecter la théorie du droit à des pratiques effectives. D'ailleurs, si on y regarde de plus près, on constate que ce n'est pas tant une théorie générale du droit que les réalistes cherchent à développer qu'une théorie de la décision judiciaire – qui pourrait néanmoins servir d'exemple pour une théorie plus générale du droit. En effet, l'appareil théorique qu'ils construisent concerne le jugement judiciaire (« *adjudication* »), et non la théorie du droit en général (« *jurisprudence* »). Il s'agit de théoriser la pratique judiciaire et non le droit en lui-même. Cette portion restreinte de la sphère juridique – le jugement judiciaire – sur laquelle les réalistes se concentrent, quoique limitée, est celle dont les conséquences pratiques immédiates sont les plus évidentes et les plus utiles à anticiper. En effet, pour la communauté des juristes, et notamment des avocats, de même que pour leurs clients, savoir ce que les cours de justice vont décider, la manière dont elles vont juger un cas est absolument capital. Pour un avocat, être capable d'anticiper les décisions d'un juge et de déployer des stratégies juridiques adéquates est tout simplement ce qui constitue le cœur de son métier. Son client attend de lui qu'il le conseille au mieux sur ses droits mais aussi sur ce qu'il peut espérer d'un procès, ce qu'il peut y gagner ou y perdre. En d'autres termes, ce qui intéresse les réalistes, c'est ce qui, dans le domaine du droit, a un intérêt immédiatement pratique et utile pour les acteurs du droit, qu'ils soient des acteurs professionnels (les

⁷¹ La recherche de modèles de décision performants a constitué une bonne part des travaux de recherche des réalistes, même si ces programmes se sont souvent soldés par des échecs, pour des raisons que nous exposerons par la suite. On peut néanmoins en citer quelques exemples : Underhill Moore and Theodore S. Hope, Jr., « An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking », in *Yale Law Journal*, n°38, 1929, p. 703-719 ; Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition : Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Company, 1960 ; ou encore Herman Oliphant, « A Return to Stare Decisis », *American Bar Association Journal*, n°14, 1928.

juristes) ou épisodiques (tout citoyen ayant affaire au droit). Ils s'intéressent bien sûr au droit, mais par un prisme particulier, celui du jugement judiciaire. Ainsi, B. Leiter affirme clairement que « si les Réalistes ont beaucoup de choses à dire concernant le jugement judiciaire et la manière dont les règles juridiques fonctionnent en pratique, ils n'ont rien d'*explicite* à dire à propos du *concept* de droit »⁷², ce qui ne signifie pas qu'ils n'ont rien à dire du tout concernant le droit et sa théorie, ou son concept. Toutefois l'absence d'un cadre philosophique bien délimité à leurs théories a souvent été l'objet de reproches. Hart par exemple, dans *Le concept de droit*, dresse, on le sait, un portrait peu flatteur des réalistes et s'attache surtout à montrer que leurs théories reposent sur un tissu de confusions philosophiques⁷³.

C'est sur l'orientation clairement affichée et assumée des réalistes vers la pratique juridique, davantage que vers la théorie du droit, que B. Leiter s'appuie pour démentir les critiques dans la veine de Hart, et montrer que les travaux des réalistes résultent d'engagements théoriques et philosophiques qui ne sont pas forcément explicites, mais qui informent profondément leur théorie du jugement judiciaire. Rappelons que l'un des objectifs poursuivis par B. Leiter dans *Naturalizing Jurisprudence* est de proposer une réinterprétation des réalistes qui leur soit davantage favorable et de pallier un défaut qui les a fortement desservis, à savoir le manque d'un arrière-plan philosophique explicite, bien établi et solidement argumenté. Ainsi, B. Leiter s'attache à montrer que les travaux réalistes relèvent d'abord d'un positivisme, puis qu'ils sont également travaillés implicitement par deux courants philosophiques : le pragmatisme et le naturalisme. La conviction qui l'anime est que les réalistes ont été déconsidérés parce qu'ils n'ont pas pris la peine d'argumenter philosophiquement le bien-fondé de leur entreprise, alors qu'un fondement philosophique réel présidait pourtant à leur démarche. C'est justement à cette tâche que s'attelle B. Leiter : rendre explicite l'implicite philosophique qui sous-tend les travaux des réalistes.

⁷² « While the Realists had much to say about adjudication and how legal rules work in practice, they had nothing *explicit* to say about the *concept* of law. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 71.

⁷³ Voir H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, en particulier le chapitre VII. Il s'y montre assez virulent en caricaturant la position réaliste selon laquelle les décisions judiciaires ne sont pas entièrement déterminées par des raisons juridiques, en en faisant une position qui affirmerait que les règles juridiques ne sont en réalité jamais contraignantes et n'expliquent jamais vraiment les comportements des juges. Il la compare à celle d'un « absolutiste déçu », qui « s'est aperçu que les règles ne sont pas tout ce qu'elles seraient dans le paradis d'un formaliste, ou dans un monde dans lequel les hommes seraient semblables à des dieux et pourraient prévoir toutes les combinaisons possibles de fait, de telle façon que la texture ouverte ne constituerait pas une caractéristique nécessaire des règles. La conception que se fait le sceptique de la nature spécifique de l'existence d'une règle peut, par conséquent, consister en un idéal inaccessible et lorsqu'il découvre que cet idéal n'est pas atteint par ce qu'on appelle des règles, il exprime sa déception en niant l'existence ou la possibilité de l'existence d'aucune règle ». Hart cible et cite ensuite explicitement Llewellyn dans *The Bramble Bush*, puis conclut : « Ce type d'argumentation revient à ignorer ce que sont effectivement les règles dans n'importe quelle sphère de la vie réelle. Il suggère que nous sommes confrontés au dilemme suivant : "Ou bien les règles sont ce qu'elles seraient dans le paradis du formaliste et elles lient comme lient des chaînes ; ou bien, il n'existe pas de règles, mais seulement des décisions ou des types de comportements que l'on peut prédire." Il est certain cependant qu'il s'agit là d'un faux dilemme », (p. 157-158).

3. Reconstruction de l'arrière-plan philosophique du réalisme : positivisme, pragmatisme et naturalisme

a. Réalisme et positivisme : la méprise de Hart

B. Leiter considère que Hart a été un artisan du dédain et de la marginalisation dont ont été victimes les réalistes américains. En effet affirme-t-il, en assimilant dans le *Concept de droit* le réalisme avec un type de scepticisme à l'égard de l'existence et de l'efficacité des règles juridiques qui en réalité ne leur appartenait pas, Hart, en tant que défenseur d'une théorie du droit positiviste, « a enterré la possibilité pour le réalisme d'être considéré comme une théorie du droit sérieuse et a ce faisant donné du crédit à l'idée que le réalisme et le positivisme sont des théories opposées »⁷⁴. Il ajoute : « c'est cette célèbre critique qui est certainement responsable du fait que l'on perçoive le positivisme et le réalisme comme des positions incompatibles, et que le réalisme soit surtout oublié pour sa théorie du droit »⁷⁵. Le but de B. Leiter est alors de montrer que la critique de Hart ne vaut pas pour les réalistes, et qu'en plus, la théorie du droit que supposent implicitement les réalistes dans leur théorie du jugement judiciaire est une théorie positiviste. Quand on parle de position positiviste en matière de droit, on entend une position qui repose principalement sur trois points. C'est l'idée que l'on conçoit le droit comme droit positif, que l'on s'inspire d'une conception positive de la science, et qu'à ce titre, on renonce à une conception jusnaturaliste, impliquant l'existence d'un droit naturel, hiérarchiquement supérieur au droit positif.

Ce que Hart reproche principalement aux réalistes, c'est leur scepticisme à l'égard de la règle juridique, c'est-à-dire la thèse réaliste selon laquelle ce qui fait le droit, ce ne sont pas seulement les règles juridiques, car celles-ci sont indéterminées et ne permettent pas à elles seules de rendre compte de la prise de décision judiciaire des juges. Pour lui, cela empêche de délimiter le droit de manière positive car les raisons qui entreraient en ligne de compte dans la prise de décision judiciaire échapperaient à l'examen scientifique. La manière dont B. Leiter procède pour désamorcer cette critique consiste, de façon habile, à montrer que ce scepticisme que Hart reproche aux réalistes n'est pas celui qui les caractérise. Il reprend la distinction que Hart fait entre d'une part le scepticisme empirique et d'autre part le scepticisme conceptuel, et démontre que Hart reproche le second aux réalistes alors qu'ils soutiennent le premier.

⁷⁴ « [...] sealed the tomb of Realism as a serious legal theory, and in doing so gave credence to the idea that Realism and Positivism were opposed doctrines. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁵ « [...] it is this famous critique that is probably most responsible for the perception that Positivism and Realism are incompatible positions, and that Realism is best forgotten as a jurisprudential theory. », *ibid.*, p. 68.

On peut, d'après Hart, prêter un semblant d'attention à un certain scepticisme, que B. Leiter qualifie d'empirique, « mais uniquement en tant qu'il constitue une théorie relative au fonctionnement des règles au niveau de la décision judiciaire ». D'après ce type de scepticisme,

« il est faux [...] sinon dépourvu de sens, de considérer les juges comme étant eux-mêmes soumis à des règles ou “tenus” de trancher les litiges comme ils le font. Il se peut qu'ils agissent avec une régularité prévisible et une uniformité suffisante pour permettre à d'autres, après de longues périodes, de vivre sous l'empire des décisions des tribunaux, considérées comme des règles. Les juges peuvent éprouver des sentiments de contrainte lorsqu'ils prennent des décisions comme ils le font, et il se peut également que ces sentiments soient prévisibles ; mais au-delà de ce phénomène, il n'y a rien que l'on puisse caractériser comme une règle qu'ils observent. »⁷⁶

Hart, on l'a vu, ne donne pas beaucoup de crédit à ce scepticisme, qui renvoie selon lui à une méprise sur ce que signifie pour nous le fait de suivre des règles dans la vie courante. D'une part, suivre des règles ou qu'il y ait des règles ne signifie jamais que tout soit absolument prévisible, et le fait que tout ne soit pas prévisible ne signifie pas que les règles ne s'appliquent pas. D'autre part, le fait qu'on ne puisse pas, d'un point de vue extérieur, être sûr que les individus agissent en appliquant les règles, et pas pour d'autres raisons, ne signifie pas que la plupart du temps, ils ne cherchent pas authentiquement à s'y conformer.

En revanche, le scepticisme conceptuel, qui comme son nom l'indique est un scepticisme relatif au concept de droit, est intenable de bout en bout. Le scepticisme conceptuel est défini par Hart comme « la thèse selon laquelle parler de règles constitue un mythe qui masque la vérité, à savoir que le droit consiste simplement dans les décisions des tribunaux et la prédiction qu'on peut en faire »⁷⁷. Un tel scepticisme, qui soutient que le droit est tout ce qu'un tribunal affirme dans des circonstances présentes, implique des conséquences absurdes : par exemple, un juge qui examinerait un cas ne se demanderait pas quelles sont les règles qui valent étant donné ce cas, mais en réalité, il s'interrogerait sur ce qu'il pense qu'il va faire, puisque le droit est ce qu'il fait. Selon B. Leiter, Hart a beau jeu de critiquer un tel scepticisme. Il remarque en effet :

« Étant donné que le scepticisme conceptuel relatif à la nature de la règle est manifestement ridicule, on peut se demander pourquoi Hart n'a jamais envisagé la possibilité qu'il ait tout simplement mal lu les réalistes. Pour être juste envers Hart, il faut dire qu'au moins un réaliste peut être considéré comme un tel sceptique : Felix Cohen. Mais Cohen n'est jamais cité par Hart ; le réalisme de Hart est un amalgame, en grande partie, de Frank, Holmes et Llewellyn. Il est indéniablement vrai que ces auteurs, comme la plupart des réalistes, parlent de l'importance de “prédire” ce que les tribunaux feront. La question est de savoir, en parlant ainsi, s'il est juste de les lire comme des auteurs

⁷⁶ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 157.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 155.

offrant une analyse du concept de droit. Seule la lecture grossièrement anachronique de Hart suggère une réponse affirmative à cette question. »⁷⁸

Et justement, souligne B. Leiter, les réalistes ne cherchent pas à construire une théorie qui dise quelque chose du concept de droit. D'ailleurs, le scepticisme que ces derniers défendent ne déclare rien eu égard au droit. Leur scepticisme se contente d'affirmer qu'empiriquement, le rôle causal des règles juridiques est limité et ne permet pas de rendre compte en totalité des jugements judiciaires.

Or la thèse de l'indétermination des règles que soutiennent les réalistes pourrait être lue, d'après B. Leiter, comme une explication du concept de droit très proche de celle de Hart et de la « règle de reconnaissance »⁷⁹ qu'il définit comme étant au fondement du droit. Chez Hart en effet, la règle de reconnaissance se définit comme une règle sociale qui permet, au sein d'une société, d'identifier quelles sont les règles qui appartiennent au système juridique propre à cette société. Il la désigne ainsi comme « une forme de coutume judiciaire qui n'existe que si elle est acceptée et mise en pratique par les juridictions dans leurs activités d'identification et d'application du droit »⁸⁰. B. Leiter y voit des résonances avec la manière dont les réalistes semblent concevoir, en arrière-plan, le droit. Ainsi affirme-t-il, en guise de concept de droit,

« les réalistes présupposent bien plutôt quelque chose comme l'idée positiviste d'une règle de reconnaissance dont les critères de légalité sont exclusivement liés à la question des sources du droit : une règle (ou des règles de construction) fait partie du droit en vertu du fait qu'elle trouve sa source dans un acte législatif ou dans la décision antérieure d'un tribunal. »⁸¹

B. Leiter peut donc conclure que les réalistes « ne peuvent pas être des sceptiques conceptuels à l'égard de la règle puisque leurs arguments en faveur de l'indétermination du droit présupposent une explication non sceptique du critère de légalité, qui a des affinités évidentes avec celle développée par Hart [...] »⁸².

⁷⁸ « Given that Conceptual Rule-Skepticism is manifestly ridiculous, one might wonder why Hart never considered the possibility that he has simply misread the Realists. In fairness to Hart, at least one Realist was, arguably, a Conceptual Rule-Skeptic : Felix Cohen. But Cohen is nowhere cited by Hart ; Hart's Realism is an amalgamation, largely, of Frank, Holmes, and Llewellyn. It is undeniably true that these writers, like most Realists, talk about the importance of "predicting" what courts will do. The question is whether, in so talking, they are fairly read as offering an analysis of the concept of law. Only Hart's grossly anachronistic reading suggests an affirmative answer. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 70.

⁷⁹ Voir sur ce point H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op.cit.*, en particulier le chapitre VI et la postface.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 274.

⁸¹ « Realists are presupposing something like the Positivist idea of a Rule of Recognition whose criteria of legality are exclusively ones of pedigree : a rule (or canon of construction) is part of the law in virtue of having a source in a legislative enactment or a prior court decision. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 72-73.

⁸² « [...] cannot be Conceptual Rule-Skeptics, because their arguments for the indeterminacy of law presuppose a non-skeptical account of the criteria of legality, one that the most obvious affinities with that developed by Hart [...]. », *ibid.*, p. 73.

Hart a-t-il vraiment quelque chose à redire au véritable scepticisme que les réalistes défendent ? Selon B. Leiter, non. Hart ne développe pas d'argument décisif allant à l'encontre du scepticisme empirique à l'égard des règles. Comme les réalistes, il soutient qu'une certaine indétermination flotte autour des règles juridiques, dans certains cas difficiles, notamment en vertu de l'équivocité de notre langage – de sa « texture ouverte ». La différence entre Hart et les réalistes réside dans le fait que, tandis que Hart pense que l'indétermination des règles n'est que marginale, les réalistes pensent qu'elle est beaucoup plus fondamentale. Le réel désaccord entre le positivisme et le réalisme se situerait précisément à cet endroit selon B. Leiter :

« Notons que, même si on s'accorde avec Hart pour dire que la texture ouverte du langage n'affecte que “la frange” des règles, les réalistes nous ont donné une raison *supplémentaire* (en plus de celle de Hart) de supposer une indétermination dans le droit. Si les réalistes ont raison, alors non seulement les règles juridiques souffrent de la texture ouverte du langage décrite par Hart, mais de plus, les lois et les précédents admettent fréquemment une “manipulation” – une manipulation qui est, bien sûr, juridiquement correcte – et sont donc également indéterminés à cet égard. La *combinaison* des sources d'indétermination (la texture ouverte du langage et les canons d'interprétations opposés) apparaît alors suffisante pour ramener l'indétermination qui se situait à la frange des cas vraiment litigieux au centre de ceux-ci.⁸³

Le désaccord entre le réalisme et le positivisme d'inspiration hartienne n'est donc, au fond, qu'un désaccord de degré, et non de nature sur la question de l'indétermination des règles juridiques. C'est pourquoi, contre Hart, B. Leiter conclut à la compatibilité philosophique des positions réalistes et positivistes. Cette conclusion est largement favorable aux réalistes dans la mesure où, grâce à la relecture qu'en fait B. Leiter, ils abandonnent leur réputation de mauvais philosophes pour devenir de véritables théoriciens du droit, reconnaissables et identifiables comme des positivistes sérieux.

b. Réalisme et pragmatisme

Pour B. Leiter, l'intérêt des réalistes pour une théorie du jugement judiciaire et non pas pour une théorie générale du droit, doit aussi être relu comme un symptôme manifeste de leur engagement pragmatique. En effet, « selon le pragmatisme, une théorie du jugement judiciaire satisfaisante *pour les juristes* doit permettre à ceux-ci de prédire ce que les tribunaux feront »⁸⁴. Soulignons que l'idée

⁸³ « Note that, even if we agreed with Hart that the open-texture of language affects rules only “at the margins”, the Realists have now given us an *additional* reason (beyond Hart's) to expect indeterminacy in law. If the Realists are right, then not only do legal rules suffer from the open-texture that Hart describes, but statutes and precedents will frequently admit “manipulation” – legally proper manipulation, of course – and thus be indeterminate in this additional aspect as well. The *combination* of sources of indeterminacy (the open-texture of language, and the conflicting canons of interpretation) seems sufficient to move indeterminacy from the margins to the center of cases actually litigated. », *ibid.*, p. 75-76.

⁸⁴ « According to Pragmatism, a satisfactory theory of adjudication *for lawyers* must enable lawyers to predict what courts will do. », *ibid.*, p. 31.

de prédiction, qui implique ici une prévision fondée sur une connaissance permettant l'anticipation, est au cœur des travaux des réalistes, mais également au cœur des développements contemporains concernant la décision judiciaire dans le domaine de la *justice prédictive* où il s'agit, par des calculs statistiques principalement, d'élaborer de manière assez fine la probabilité d'une décision ou d'une issue dans une affaire. Le pragmatisme des réalistes doit d'après lui se comprendre à deux niveaux : l'un pratique et l'autre épistémologique.

Du point de vue de la pratique, en effet, les réalistes soutiennent que la théorie du jugement judiciaire qu'ils développent doit s'adresser avant tout aux juristes et à leurs clients. Elle se veut d'abord un bon moyen de prédire ce que les tribunaux décideront, de sorte que le client sache à quoi s'en tenir de ses démarches et de leurs potentialités de réussite, et que réciproquement, l'avocat puisse le conseiller adéquatement. Ainsi, le premier engagement que les réalistes se doivent de respecter, s'ils souhaitent que leurs travaux aient une valeur pragmatique, c'est de veiller à ce qu'ils soient utiles à l'expérience et à la pratique, en l'occurrence, à l'expérience et à la pratique juridique.

Le second engagement pragmatiste se situe à un degré d'abstraction plus élevé et concerne le socle épistémologique sur lequel se fonde une théorie qui revendique sa valeur pragmatique. À la question de savoir sur quels critères nos normes épistémologiques – qui nous informent de ce que nous devons croire – doivent être fondées, il s'agit de répondre : sur des *critères pragmatiques*. Au lieu, classiquement, de choisir de garantir en vérité et en connaissance nos croyances en cherchant à les fonder sur un fait ou une croyance première absolument indubitable de laquelle on les fait dériver, de manière opposée on choisit d'affirmer qu'une telle croyance première n'existe pas, que nos croyances se fondent toujours sur d'autres croyances, sans jamais nous permettre d'aboutir à une croyance ultime qui les justifie toutes. Il s'agit donc de tenir une position anti-fondationnelle. Selon B. Leiter, c'est dans ce type de perspective que les réalistes se situent, que l'on peut appeler un pragmatisme épistémologique non-fondationnaliste. Voici comment B. Leiter le décrit :

« Je trouve un certain type de pragmatisme intéressant (à vrai dire, inévitable), [...] proche de celui de philosophes comme Carnap et Quine [...]. Le radicalisme de ce pragmatisme réside dans le fait de reconnaître que les seuls critères possibles permettant d'accepter des *normes épistémologiques* – des normes concernant ce qu'on doit croire – sont pragmatiques : nous devons simplement accepter les normes épistémologiques qui marchent pour nous (qui nous aident à prédire l'expérience sensible, qui nous permettent de manipuler et de contrôler l'environnement avec succès, qui nous rendent capables de nous “débrouiller”). Les critères pragmatiques sont, à la limite, les seuls critères possibles permettant d'accepter des normes épistémologiques précisément parce que nous ne pouvons pas défendre notre choix en faveur d'une quelconque norme épistémologique particulière sur des raisons *épistémologiques ad infinitum*. Il arrive un moment où on

choisit une norme épistémologique parce que le mieux que l'on puisse dire d'elle c'est : elle marche. »⁸⁵

Ainsi, les réalistes américains défendent, sans forcément le théoriser, un pragmatisme similaire à celui des épistémologues pragmatistes. De même que pour ces derniers, les critères d'acceptabilité des normes épistémologiques particulières sont pragmatiques – c'est-à-dire que l'on sélectionne certaines normes parce qu'elles fournissent de bons résultats dans la pratique épistémologique – de même, les réalistes font reposer les critères d'acceptabilité de leur théorie du jugement judiciaire sur le fait que celle-ci fournit de bons résultats dans la pratique juridique, c'est-à-dire qu'elle permet de prédire ce que font les juges. B. Leiter y voit une analogie évidente, même s'il signale bien que cette analogie n'est pas faite par les réalistes eux-mêmes, mais qu'une analyse fine de leur travaux – la reconstruction du réalisme à laquelle il s'emploie – la fait apparaître.

c. Réalisme et naturalisme

L'originalité de la lecture de Leiter est de montrer que ce pragmatisme qu'il décèle dans les travaux des réalistes est également lié à un arrière-plan philosophique naturaliste, le second étant requis par le premier. Nous présentons très brièvement dans ce point-ci le rapport du naturalisme au réalisme tel que B. Leiter l'entend car nous y reviendrons de manière beaucoup plus précise dans le point suivant, en étudiant les étapes du processus de naturalisation qu'il propose de voir dans les théories réalistes.

B. Leiter définit très simplement le naturalisme comme la position qui affirme que la validité scientifique d'une théorie philosophique tient à la possibilité de démontrer qu'elle se situe « en continuité avec l'enquête empirique dans les sciences naturelles et sociales »⁸⁶. Être un philosophe naturaliste c'est donc œuvrer dans le sens d'une conformité entre les théories que l'on défend soi-même et celles qui encadrent les investigations menées en sciences naturelles et sociales. Sachant que, d'après les réalistes, des considérations d'ordre politique, sociologique, économique et psychologique notamment doivent être intégrées dans la théorie du jugement judiciaire, il faut donc, pour que cette théorie soit considérée comme valide, que ces considérations soient conformes aux théories scientifiques contemporaines, qui ont fait leurs preuves. Il s'agit donc d'importer, d'utiliser

⁸⁵ « I find a certain type of pragmatism attractive (indeed unavoidable), [...] relative of the type one finds in philosophers like Carnap and Quine [...]. The radicalism of this pragmatism resides in the recognition that the only possible criteria for the acceptance of *epistemic norms* – norms about what to believe – are pragmatic : we must simply accept the epistemic norms that work for us (that help us predict sensory experience, that allow us to manipulate and control the environment successfully, that enable us to “cope”). Pragmatic criteria are, at the limit, the only possible criteria for the acceptance of any particular epistemic norm on *epistemic grounds ad infinitum*. At some point, we must reach an epistemic norm for which the best we can say is : it works. », *ibid.*, p. 50.

⁸⁶ « [...] continuous with empirical inquiry in the natural and social sciences. », *ibid.*, p. 31.

et d'adapter dans la théorie du droit les méthodes et les résultats qui ont fait leurs preuves dans d'autres disciplines scientifiques.

L'arrière-plan naturaliste que B. Leiter lit dans les travaux réalistes n'est pas indépendant de l'orientation pragmatiste qu'il y voit également. Il insiste sur la connexion logique qui les relie l'un à l'autre – ou que du moins il s'attache à construire. En effet, pour aboutir aux résultats escomptés – prédire efficacement la décision judiciaire –, une théorie du jugement judiciaire pragmatiste devrait nécessairement faire appel à une théorie naturaliste du jugement judiciaire, c'est-à-dire une théorie dont les résultats empiriques sont scientifiquement fiables parce qu'ils sont issus des méthodes des sciences sociales et naturelles. Ainsi écrit-il :

« Naturalisme et pragmatisme sont liés de la manière suivante : pour prédire de façon fiable et effective ce que les tribunaux feront, on doit savoir ce qui *cause* les décisions des tribunaux ; les *causes* de la décision judiciaire, à leur tour, sont seulement valables pour le genre d'enquête empirique modelé sur les sciences naturelles et sociales que les réalistes préconisent. Une théorie *naturaliste* du jugement judiciaire est donc requise pour produire une théorie ayant une *valeur pragmatique* pour les juristes, autrement dit, qui leur permette de prédire ce que les tribunaux feront. »⁸⁷

B. Leiter dessine alors les contours d'un projet ambitieux : à l'image de ce qu'ont tenté de faire les réalistes américains, sans forcément en être eux-mêmes pleinement conscients, il faudrait à notre tour naturaliser la théorie de la décision judiciaire et, peut-être, étendre ce projet jusqu'à une naturalisation de la théorie du droit toute entière. Reste que nombre de questions se posent : la décision judiciaire répond-elle à un schéma causal ? Peut-on dire qu'il y a entre les enquêtes des sciences sociales et celles des sciences naturelles une continuité de résultats et de méthodes ? Sur quel principe de naturalisation peut-on se fonder, ou, pour le dire autrement, vers quel type de science faut-il renvoyer la décision judiciaire ?

⁸⁷ « Naturalism and Pragmatism are linked in the following way : to predict reliably and effectively what courts will do one should know what *causes* courts to decide as they do ; the *causes* of judicial decision, in turn, are only available to the sort of empirical inquiry modelled on the natural and social sciences that the Realists advocate. A *naturalistic* theory of adjudication, then, is required to produce a *pragmatically valuable* theory for lawyers, *i.e.* one that will enable them to predict what courts will do. », *ibid.*, p. 31.

III. Que signifie « naturaliser » la théorie de la décision judiciaire ?

Le projet de naturalisation que B. Leiter défend pour lui-même et dont il s'efforce de montrer qu'il existait en puissance chez les réalistes n'est pas aussi évident qu'il semble le croire. D'abord parce que la notion même de naturalisme n'est certainement pas aussi univoque qu'il le laisse penser ; ensuite parce que la décision humaine, aussi « entravée » soit-elle – c'est-à-dire aussi déterminée par des contraintes suffisamment générales et communes pour être accessibles à la connaissance soit-elle – est un objet éminemment complexe qui ne se laisse peut-être pas si facilement que cela ramener aux méthodes des sciences naturelles et sociales telles qu'il les entend.

1. Naturalismes et naturalisations

Définir le naturalisme n'est pas aisé : il y a en effet dans la communauté philosophique une opinion dominante selon laquelle le naturalisme serait un concept indéterminé et insaisissable tant les manières de le définir sont multiples. Ce malaise vient probablement du fait que le naturalisme comme position philosophique peut prendre des formes différentes selon les principes de naturalisation que l'on retient comme effectifs. Pour autant, cela n'empêche peut-être pas de pouvoir définir à quelles conditions on peut admettre qu'une théorie est naturaliste. On peut définir deux types de naturalismes. Un naturalisme ontologique et un naturalisme méthodologique. B. Leiter appartient au second.

Dans la perspective d'un naturalisme ontologique, il s'agit de considérer que les seules propriétés qui sont pertinentes pour l'investigation scientifique d'un domaine sont les propriétés naturelles. Le fait que seules ces propriétés naturelles soient reconnues comme valables pour l'investigation scientifique d'un domaine vaut tant du point de vue ontologique que du point de vue épistémologique. En effet, du point de vue ontologique, ce sont exclusivement les propriétés naturelles des objets qui constituent ce qui doit être connu, et du point de vue épistémologique, c'est-à-dire du point de vue des opérations de connaissance que l'on met en œuvre pour aboutir à une connaissance scientifique, ce sont encore des propriétés exclusivement naturelles auxquelles on doit faire appel pour spécifier la manière dont les propriétés ontologiquement pertinentes doivent être connues. Bien entendu, le choix des propriétés naturelles de base que l'on considère comme pertinentes pour l'investigation scientifique peut être fait de plusieurs manières différentes, et en cela, il existe autant de naturalismes que de définitions des propriétés naturelles de base.

Pour effectuer cette naturalisation, deux tâches doivent être accomplies : tout d'abord déterminer des propriétés naturelles de base ; ensuite formuler un principe de naturalisation au moyen duquel on transforme des propriétés non naturelles en propriétés naturelles dérivées. Un processus de naturalisation est donc une opération de transformation consistant à faire d'un élément *a*, dont les propriétés ne sont pas reconnues naturelles primitivement, un élément que nous appellerons un élément *b*, dont les propriétés sont reconnues naturelles. Cette opération doit être pensée tant sous son aspect ontologique, qu'épistémologique. Les opérations mises en œuvre dans la naturalisation de l'élément *a* sont en effet des opérations d'ordre ontologique, puisqu'il s'agit de déterminer les propriétés de l'élément *a* qui doivent être l'objet d'une naturalisation, mais elles sont également des opérations d'ordre épistémologique, puisqu'il s'agit aussi de spécifier la manière dont les propriétés de l'élément *a* doivent être reconnues comme naturelles dans l'élément *b*.

Le naturalisme méthodologique est différent. Il s'agit d'affirmer un principe de continuité entre la philosophie et les sciences empiriques, autrement dit de renoncer à l'idée d'une philosophie première, et de co-construire la connaissance rationnelle avec les sciences empiriques. Plus concrètement, et appliqué à la théorie du droit, cela signifie que la réflexion philosophique sur le droit devra, pour être valide, s'inscrire dans une continuité avec l'enquête empirique des sciences naturelles et sociales. Mais on note d'emblée qu'une telle affirmation ouvre une véritable boîte de Pandore : qu'entend-on par sciences naturelles et sociales ? Peut-on supposer si aisément que les sciences répondent à un seul et même modèle scientifique ? Et dans le cas contraire, quel modèle de sciences retient-on ? Nous affronterons précisément ces questions dans le chapitre suivant, ce qui nous permettra, après l'avoir caractérisée, de situer l'entreprise de B. Leiter dans l'histoire des sciences et de la contextualiser dans le champ de la réflexion contemporaine sur la naturalisation des sciences en général, et de la théorie du droit en particulier.

Ajoutons que cette continuité peut être en réalité obtenue par deux moyens, dont on peut même exiger qu'ils soient tous deux mis en œuvre : par une continuité de résultats et par une continuité de méthodes. Lorsqu'on parle de continuité des résultats, on déclare que les affirmations des théories philosophiques doivent être corroborées par les résultats des sciences, et qu'elles doivent les intégrer dans leurs réflexions. Par exemple, pour que la philosophie puisse affirmer quelque chose de vrai à propos de la manière dont le cerveau fonctionne, elle doit s'appuyer sur les résultats de la psychologie, des neurosciences et des sciences cognitives. Si la manière dont la philosophie décrit le fonctionnement du cerveau n'est pas corroborée par ces sciences, alors ses affirmations sont sans valeur au vu des exigences du naturalisme. Il faut que les éléments qu'elle pense et questionne puissent être associés à des éléments et des propriétés effectivement observés et traités par ces mêmes sciences. Lorsque l'on parle de continuité des méthodes, on déclare que la philosophie doit imiter les

méthodes d'enquête et le style d'explication des sciences empiriques, et c'est en général à la méthode expérimentale et notamment à l'explication par les causes que l'on se réfère. C'est par exemple ce qu'un philosophe comme Hume, que l'on examinera plus avant dans la suite de ce travail, fait lorsqu'il construit une théorie spéculative de la nature humaine fondée sur la science de son temps, à savoir le paradigme mécaniste de la science newtonienne, et qu'il décide d'appliquer la méthode newtonienne non plus seulement à la nature qui nous entoure, mais aussi à la nature humaine⁸⁸. Le naturalisme méthodologique consiste dans ce cas-là à appliquer à la science de l'Homme le modèle des sciences de la nature, dans le but de leur donner une scientificité comparable à celle des sciences naturelles.

Les sciences actuelles reposent sur un paradigme d'explication essentiellement causal, qui consiste à découvrir quelles causes produisent quels effets, et à construire des modèles capables d'expliquer des phénomènes et de prédire des événements. Par conséquent, selon la méthodologie naturaliste, si on veut établir une continuité entre la théorie du droit – et en particulier la théorie de la décision judiciaire – et les sciences actuelles, nous devons parvenir à comprendre scientifiquement les décisions judiciaires en localisant et en rendant compte de leurs déterminants causaux. Mais quel genre de cause retient-on ? La réponse à cette question est cruciale car elle engage à retenir plutôt un certain type de science et de méthode qu'un autre. Les réalistes ont plutôt tendance à se tourner vers la sociologie pour ce faire, et la tentative de Frank, d'aller vers la psychologie est très minoritaire. Mais les réalistes ont donné lieu à de multiples courants après eux : on pense par exemple au courant de l'analyse économique du droit, initié en grande partie par Richard Allen Posner, ou à l'approche politique du droit avec le courant des *Critical Legal Studies* aux Etats-Unis. On voit bien alors que les éléments d'explication de la décision judiciaire qui seront tenus pour centraux ne seront pas les mêmes selon ces deux courants, et qu'ils ne seraient même pas considérés comme valides par certains théoriciens du droit – comme Kelsen, ou Hart – qui entendent expliquer la décision du droit par des éléments exclusivement ou majoritairement juridiques.

Pour sa part, B. Leiter se revendique plus précisément d'un naturalisme substitutif (*Replacement Naturalism*) qu'il relie à Quine. Il définit ce courant comme le naturalisme le plus sévère envers la philosophie puisqu'il récuse tout recours à l'analyse conceptuelle pure, et considère que la philosophie doit être entièrement reprise dans le giron de la science, en tant que branche abstraite de celle-ci. Il s'agit, selon cette position, d'évacuer absolument les théories conceptuelles auto-justificatives et fondationnalistes de la philosophie *a priori* pour leur substituer – d'où le nom

⁸⁸ C'est le projet qu'il décrit dès l'introduction de son *Traité de la nature humaine*. Voir David Hume, *Traité de la nature humaine* (1739-1740), trad. P. Baranger et P. Saltel, Paris, Flammarion, 1995.

de naturalisme substitutif – des théories descriptives et empiriques. Selon B. Leiter, c'est un tel naturalisme qui sous-tend le courant réaliste au point que pour lui, le réalisme juridique peut être redécrit comme une tentative de naturalisation de la théorie de droit. C'est là le cœur du second volet de sa stratégie de réhabilitation du réalisme juridique. En effet, après avoir montré que ce dernier procédait d'un arrière-plan philosophique respectable – positiviste, pragmatiste et naturaliste – B. Leiter tente de montrer que le réalisme américain, dans le cadre d'une théorie du jugement judiciaire, procède en fait suivant un naturalisme substitutif, selon un modèle proche de celui de Quine.

2. « L'épistémologie naturalisée » par Quine

Il nous faut ici retracer de manière précise l'argumentation quinienne en faveur de la naturalisation de l'épistémologie, et ce, pour deux raisons. D'une part parce que B. Leiter se sert de la structure de celle-ci pour comprendre la démarche des réalistes juridiques américains dans le cadre de leur théorie du jugement judiciaire, et d'autre part parce qu'il se fonde également sur elle dans son propre projet de naturalisation de la théorie du droit dans son ensemble.

Dans sa défense du naturalisme substitutif, B. Leiter reprend point par point l'argumentation de Quine que l'on trouve notamment dans l'article de 1968 intitulé « L'épistémologie naturalisée »⁸⁹. Rappelons-la brièvement. Le domaine qui préoccupe Quine est l'épistémologie. Pour ce dernier, l'épistémologie est la partie de la philosophie qui régule et valide le lien entre nos théories sur le monde et les évidences sensibles sur lesquelles ces théories se fondent. Dans cet article, le but de Quine est de montrer que l'épistémologie ne peut pas procéder *a priori* et selon la méthode philosophique de l'analyse conceptuelle. Les théories qu'il cherche à invalider sont les théories fondationnelles en général, et notamment celle de Carnap dans *La construction logique du monde*⁹⁰. Le projet des fondationnalistes est de mettre en rapport la théorie et l'évidence sensible d'une manière telle que les énoncés de base ou les éléments premiers de toute théorie scientifique soient directement fondés sur une évidence sensible. Pour eux, toute théorie doit pouvoir se fonder sur une telle évidence. C'est précisément cela que Quine récuse en développant deux arguments.

Son premier argument consiste à dire que les termes qui constituent une théorie n'ont de sens qu'en fonction de leur place dans l'ensemble de la théorie et non parce qu'ils seraient *tous*, chacun un à un, en rapport avec une évidence sensible. C'est l'argument quiniien du holisme. Il y a pour lui,

⁸⁹ W. V. O. Quine, *Relativité de l'ontologie et autres essais* (1969), trad. Jean Largeault, Paris, Flammarion Département Aubier, 2008, chapitre III.

⁹⁰ Rudolf Carnap, *La construction logique du monde* (1928), trad. Thierry Rivain, Paris, Vrin, Mathesis, 2002.

de fait, des éléments des théories – même au niveau des énoncés de base – qui ne sont pas en rapport direct et immédiat avec l'évidence sensible. On retrouve cette même position dans les thèses holistes du langage qui, par exemple, soutiennent qu'un mot que l'on isole n'a de sens que parce qu'il appartient à un langage. C'est ainsi la place du mot dans la syntaxe et la sémantique d'une phrase et plus largement d'un langage qui lui confère du sens.

Son second argument, qui vient renforcer le premier, consiste à remarquer que de toute façon, quand bien même nous parviendrions à faire correspondre chaque terme d'une théorie sur le monde avec une évidence sensible de ce même monde, il est toujours possible d'imaginer plus d'une théorie pour expliquer une même évidence sensible. Cette thèse que Quine a notamment soutenue avec Duhem⁹¹ est souvent connue sous le nom de la thèse de l'indétermination de la théorie par l'évidence sensible ou thèse de Duhem-Quine.

Pour Quine, il est donc urgent d'abandonner toute visée fondationnaliste ainsi que toute ambition de fonder nos théories sur l'évidence sensible. Il est absurde de penser une correspondance terme à terme entre nos évidences sensibles et les énoncés qui constituent nos théories sur le monde. Par conséquent, il faut remplacer ce programme fondationnel et normatif par autre chose. Au lieu de penser de manière fondationnelle le rapport qui va de l'entrée (*input*) de l'évidence sensible à la sortie (*output*) que serait la théorie, Quine propose une nouvelle manière de procéder : il s'agira de mener une enquête empirique purement descriptive en procédant à un examen psychologique du rapport de causalité entre tel *input* du monde sensible et tel *output* apparaissant dans la théorie ; il s'agira d'expliquer psychologiquement quels faits du monde sensible causent nos théories. Et voici comment Quine, d'un revers de la main, renvoie l'épistémologie à un simple chapitre d'une science naturelle plus importante, la psychologie, opérant par là la naturalisation de l'épistémologie. En effet écrit-il,

« L'épistémologie, ou quelque chose de ressemblant, s'est simplement conquis droit de cité à titre de chapitre psychologie et donc de science naturelle. Elle étudie un phénomène naturel, à savoir un sujet humain physique. Ce sujet humain est accordé à une certaine entrée que l'on contrôle expérimentalement – à certains patrons d'irradiation qui ont des fréquences convenables par exemple – et, en la consommation des temps, ce sujet fournit comme sortie une description du monde extérieur tri-dimensionnel ainsi que l'histoire de celle-ci. La relation entre l'entrée, mince, et la sortie, torrentielle, est une relation que nous sommes poussés à étudier, par à peu près les mêmes raisons qui nous ont toujours poussés à étudier l'épistémologie : mettre ordre de voir le rapport entre preuve et théorie, et comment notre théorie de la nature dépasse toute preuve disponible. »⁹²

Ainsi, on peut décrire la démarche de naturalisation de l'épistémologie par Quine comme la succession de deux gestes, tour à tour destructeur et constructeur : le premier est celui de la critique

⁹¹ Pierre Duhem, *La théorie physique. Son objet, sa structure* (1914, seconde édition), Lyon, ENS Éditions, « Bibliothèque idéale des sciences sociales », 2016.

⁹² W. V. O. Quine, *Relativité de l'ontologie et autres essais*, op. cit., p. 96-97.

du fondationnalisme, qui conduit à la nécessité de son remplacement ; le second consiste à substituer effectivement à ce dernier un nouveau programme naturaliste, plus humble, qui se contente de décrire en termes psychologiques la relation entre notre perception sensible du monde et notre théorie du monde.

3. Quine appliqué aux réalistes : l'argument analogique

Pour B. Leiter, les réalistes juridiques reproduisent successivement les mêmes gestes de critique puis de substitution que Quine. Il développe donc un argument analogique, pour montrer que chez eux, on retrouve deux étapes équivalentes qui, cette fois, ne concernent pas l'épistémologie, mais la théorie du jugement judiciaire. Selon B. Leiter, en effet, au même titre que Quine a naturalisé l'épistémologie en en faisant une province de la psychologie, on pourrait dire que les réalistes juridiques ont tenté de naturaliser la théorie du droit en en faisant une province de la sociologie et de la psychologie, voire de l'anthropologie. En effet affirme-t-il,

« De même qu'une épistémologie *naturalisée* – selon la célèbre formulation de Quine – “appartient simplement à un chapitre de la psychologie” en tant que “science purement descriptive, causale et nomologique de la cognition humaine”, de même une théorie du droit naturalisée est essentiellement, pour les réalistes, une théorie descriptive des connexions causales qui existent entre des situations types sous-jacentes et des décisions judiciaires réelles. »⁹³

Il rappelle d'ailleurs à cet égard que l'une des figures majeures du réalisme, Underhill Moore (1879-1949), qui a été professeur à Yale jusqu'à sa mort et a beaucoup œuvré à relier l'étude du droit à celle des sciences sociales, avait en quelque sorte anticipé ce que Quine théorise ensuite. Voici en effet la manière dont il introduisait l'une des ses études dans le *Yale Law Journal* : « Cette étude appartient au domaine de la théorie générale du droit. Elle appartient également au champ de la psychologie behavioriste. Elle place ce domaine dans ce champ. »⁹⁴

On l'a vu, entreprendre la naturalisation d'un domaine pour Quine, c'est le ramener dans le giron de la science en prônant une continuité de la science avec le domaine à naturaliser. Cela

⁹³ « Just as a *naturalized* epistemology – in Quine's famous formulation – “simply falls into place as a chapter of psychology, as “a purely descriptive, causal-nomological science of human cognition”, so too a naturalized jurisprudence for the Realists is an essentially descriptive theory of the causal connections between underlying situation-types and actual judicial decisions. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 63. Dans ce passage, B. Leiter cite successivement W. V. O. Quine, *Relativité de l'ontologie et autres essais*, *op. cit.*, p. 96 et Jaegwon Kim, « What is “Naturalized Epistemology” ? », in *Philosophical Perspectives*, 2, 1988, p. 388.

⁹⁴ « This study lies within the province of jurisprudence. It also lies within the fields of behavioristic psychology. It places the province within the field. », Underhill Moore and Charles Callahan, « Law and Learning Theory : A Study in Legal Control », in *Yale Law Journal*, n°53, 1943, p. 1.

s'effectue en évacuant les méthodes d'analyse conceptuelle *a priori* propres à la philosophie – le moment de la critique –, et en les remplaçant par des méthodes empiriques avérées comme efficaces dans la science – le moment substitutif. B. Leiter repère chez les réalistes la succession de ces deux mêmes étapes.

Dans un premier temps, les réalistes commencent par critiquer la méthode des formalistes qui expliquent les décisions judiciaires par un ensemble de déterminations qui relèvent uniquement du champ juridique. Or les réalistes soulignent premièrement que les décisions des juges sont motivées par autre chose que des raisons juridiques ; ils ajoutent que c'est avant tout par rapport aux faits que les juges prennent leur décision ; enfin, ils estiment que les raisons juridiques qui sont à leur disposition et qui pourraient leur servir à prendre leurs décisions leur servent plutôt de rationalisation *a posteriori*. Ainsi, de même que pour Quine les *inputs* sensoriels ne permettent pas de justifier une seule théorie scientifique, de même pour les réalistes, les raisons juridiques ne suffisent pas à justifier une seule décision judiciaire.

Dans un second temps, une fois la critique des formalistes opérée, les réalistes en viennent à proposer quelque chose en lieu et place de l'explication de la décision judiciaire par des raisons uniquement juridiques – c'est le moment de la substitution –, et proposent une explication fondée à la fois sur la psychologie, la sociologie et l'anthropologie. Ainsi, B. Leiter écrit :

« La théorie du droit – ou, plus précisément, la théorie du jugement judiciaire – est “naturalisée” parce qu'elle appartient, pour le réaliste, à un chapitre de la psychologie (ou de l'anthropologie ou de la sociologie). De plus, elle en est un chapitre pour des raisons essentiellement quiniennes : on échoue à rendre compte du jugement judiciaire de manière fondationnelle – une conséquence du fait d'accepter la célèbre thèse de l'indétermination du droit des réalistes. »⁹⁵

Voilà donc en quoi, pour B. Leiter, les réalistes américains peuvent être décrits comme des naturalistes qui procèdent effectivement à une naturalisation de la théorie du droit, ou du moins d'une partie de la théorie du droit, à savoir la théorie du jugement judiciaire. Il conclut d'ailleurs le premier chapitre de *Naturalizing Jurisprudence* sur la nécessité de lire avec d'autres lunettes les écrits des réalistes américains et de reconsidérer la valeur philosophique ainsi que la signification intellectuelle et historique qui leurs ont été accordées.

« Alors que commence un nouveau siècle, j'espère que nous pourrons voir le réalisme renaître, cette fois comme une approche *naturalisée* de la théorie du droit. Les réalistes, nous devons nous en souvenir, ont surtout été le produit de leur milieu intellectuel [...]. Les années 1920 et 1930 marquent l'âge d'or du “positivisme”, en philosophie et dans les sciences sociales : la science naturelle était conçue comme le paradigme de toute

⁹⁵ « Jurisprudence – or more precisely, the theory of adjudication – is “naturalized” because it falls into place, for the Realist, as a chapter of psychology (or anthropology or sociology). Moreover, it does so for essentially Quinean reasons : because the foundational account of adjudication is a failure – a consequence of accepting the Realists' famous claim that the law is indeterminate. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 40.

connaissance véritable, et toute discipline – de la philosophie à la sociologie – qui souhaite atteindre une respectabilité épistémologique se devait d’imiter ses méthodes, c’est-à-dire être “naturalisée”. (Même le pragmatisme deweyien de cette époque était fortement coloré par le naturalisme de Dewey). [...] Dans l’histoire intellectuelle, le réalisme naît dans une culture positiviste et naturaliste, et son approche des questions de théorie du droit porte la marque de cette origine. Grâce au bénéfice des avancées philosophiques des trente dernières années, nous sommes finalement en position de reconnaître ce que la plupart des théoriciens du droit ont manqué : le fait que les réalistes n’étaient pas de mauvais philosophes du droit mais plutôt des précurseurs en la matière, des philosophes naturalistes avant l’heure. »⁹⁶

On peut bien entendu être circonspect quant à l’anachronisme que constitue toujours le fait de voir dans un mouvement (ou un auteur) plus éloigné dans le temps le précurseur d’une idée ou d’une théorie que l’on observe désormais. Mais le fait que les réalistes aient respiré pleinement cet air du temps et en aient ressenti l’influence et les inspirations comme les aspirations est indéniable.

4. Les réalistes ont-ils réussi à naturaliser la théorie du droit ?

Il reste à se demander dans quelle mesure le projet de naturalisation des réalistes que B. Leiter redessine est bien accompli, et à penser le lien qui existe entre cette réinterprétation des réalistes en termes naturalistes et son propre projet de naturalisation de la théorie du droit. Ayant plaidé en faveur d’un réexamen et d’un regain d’attention pour les réalistes américains, B. Leiter en vient à poser cette question cruciale : est-ce que les réalistes aboutissent à une théorie du droit effectivement naturalisée ? Sa réponse est négative et il avance à ce propos deux raisons.

La première est que, s’ils proposent bien une théorie du jugement judiciaire que l’on peut lire dans une perspective naturaliste, les réalistes américains ne construisent pas de théorie générale du droit à proprement parler. On l’a vu notamment à propos de l’analyse de l’arrière-plan positiviste du réalisme, les réalistes ne s’intéressent pas vraiment au concept de droit. S’ils s’efforcent de construire une théorie de la pratique juridique, ce n’est qu’en tant que cela peut avoir des résultats utiles pour les juristes et pour les acteurs du droit en général. Néanmoins, et c’est là l’apport de B. Leiter que de

⁹⁶ « As we start a new century, I hope we may see Realism reborn yet again, this time as a *naturalized* approach to jurisprudence. The Realists, we must remember, were very much a product of their intellectual milieu [...]. The 1920s and 1930s marked the heyday of “positivism”, in philosophy and the social sciences : natural science was viewed as the paradigm of all genuine knowledge, and any discipline – from philosophy to sociology – which wanted to attain epistemic respectability had to emulate its methods, i.e. had to be “naturalized”. (Even the deweyan pragmatism of that era was heavily colored by Dewey’s naturalism). [...] The Realists came of intellectual age in a positivistic and naturalistic culture, and their approach to jurisprudential questions bears the mark of that origin. With the benefit of philosophical advances of the last thirty years, we are finally in a position to recognize what most jurisprudents have missed : that the Realists were not bad legal philosophers, but rather prescient ones, philosophical naturalists before their time. », *ibid.*, p. 57-58.

le montrer, cette théorie du jugement judiciaire est sous-tendue par une théorie du droit (positiviste) implicite et nécessaire pour comprendre leur propos. Toutefois, le concept de droit que l'on peut deviner derrière leurs travaux n'est pas lui-même empirique et naturalisé. En effet écrit B. Leiter, « le “concept” de droit n'y est pas éclairé ou fixé par une enquête empirique dans les sciences naturelles et sociales »⁹⁷. Les réalistes ne rechigneraient pas forcément à faire appel aux théories analytiques issues de la philosophie pour penser leur concept de droit, et laissent donc « de la place pour une théorie du droit non-naturalisée »⁹⁸. La naturalisation de la théorie du droit qu'opèrent les réalistes ne concerne donc qu'une partie de la théorie du droit, celle du jugement judiciaire, et n'exclut pas véritablement la philosophie de ce champ. La naturalisation proposée par les réalistes n'est qu'une ébauche d'un véritable projet de naturalisation et demeure en l'état bien trop partielle.

La seconde raison qu'avance B. Leiter est que ces derniers s'appuient tout simplement sur un cadre théorique erroné. C'est là que réside principalement leur échec qui relève en quelque sorte d'un problème d'époque et de déficit de connaissances lié à l'air du temps behavioriste de la première moitié du XX^e siècle, plutôt que d'une impossibilité inhérente à leur démarche de naturalisation – ou *a fortiori*, inhérente à toute tentative de naturalisation de la théorie du droit. En effet, pour décrire comment les juges prennent leur décision, les réalistes se sont essentiellement fondés sur un modèle de psychologie behavioriste. Si ce modèle a pu apparaître comme le plus performant dans les années 1920 et après, la psychologie a elle-même remis en cause ce modèle. Ils échouent donc tout bonnement dans leur tentative de naturalisation parce qu'ils ont choisi le mauvais cadre théorique pour le faire, ou du moins un cadre théorique qui, depuis lors, est tombé en désuétude. En ce sens, en réponse à Richard Posner⁹⁹, qui critique les réalistes au motif qu'ils ne disposent d'aucune théorie qui guide leur travaux, B. Leiter répond que « Posner a manifestement tort de croire que l'échec du réalisme est venu d'un *manque* de cadre théorique : en général, le problème est plutôt venu de l'adhésion à un mauvais cadre théorique – le behaviorisme de Watson »¹⁰⁰.

Ainsi, non seulement les réalistes n'ont pas de cadre théorique et philosophique véritablement explicite, mais en plus, quand ils se réfèrent plus ou moins explicitement à une théorie, à savoir la théorie behavioriste en psychologie, il s'avère que cette théorie a été depuis sévèrement remise en question. En outre, quand bien même leur cadre théorique serait suffisamment solide, ils ne se sont

⁹⁷ « [...] the “concept” of law is not illuminated or fixed by empirical inquiry in the natural and social sciences. », *ibid.*, p. 45.

⁹⁸ « [...] room for non-naturalized jurisprudence [...]. », *ibid.*, p. 45.

⁹⁹ Voir Richard Posner, *The problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990. Né en 1939, juge à la Cour d'Appel pour le septième Circuit aux Etats-Unis, c'est un théoricien du droit représentant du courant de l'analyse économique du droit, qui a longtemps enseigné à l'Université de Chicago et y est professeur émérite.

¹⁰⁰ « [...] Posner is also plainly wrong that the failing of Realism was a lack of a theoretical framework : the problem, more often, was rather adherence to a bad theoretical framework – Watsonian behaviorism. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 54.

préoccupés que d'un domaine restreint du droit, celui de la prise de décision judiciaire. Après un jugement aussi sévère on est alors en droit de se poser cette question : pourquoi B. Leiter s'intéresse-t-il autant aux réalistes ? Pourquoi considère-t-il malgré tout que les réalistes sont la source de la théorie du droit naturalisée ? Pour Leiter la raison est disons historique. Certes les réalistes ne mènent pas à bien eux-mêmes le projet de naturalisation de la théorie du droit, mais ils donnent le signal et la motivation philosophique pour se lancer dans un tel projet de naturalisation. La conviction profonde de B. Leiter est donc la suivante : il faut naturaliser la théorie du droit.

5. Il faut naturaliser la théorie du droit

B. Leiter se décrit et se déclare d'ailleurs lui-même comme un philosophe naturaliste, même s'il précise tout de même que le naturalisme qu'il défend est un « *relaxed naturalism* »¹⁰¹, c'est-à-dire un naturalisme beaucoup moins sévère que celui de Quine, dont l'ontologie physicaliste est selon lui particulièrement restreinte. Le naturalisme s'impose pour lui comme une évidence : « il ne serait pas faux de dire que c'est *le* développement caractéristique de la philosophie de ces trente dernières années ». Ainsi, ajoute-t-il dans la même veine, citer les philosophes majeurs de la fin du XX^e siècle revient à citer des philosophes naturalistes – il évoque alors W. V. O. Quine, Jerry Fodor, David Armstrong, Jaegwon Kim, Stephen Stich, Alvin Goldman. Et s'il concède que quelques voix fortes défendent une philosophie anti-naturaliste – il cite à leur tour Richard Rorty, Hilary Putnam et John McDowell – cela ne l'empêche pas de conclure que non seulement ils font fausse route, mais qu'en plus, ils sont minoritaires¹⁰². Ces remarques sont assez partiales et à dire vrai, peu représentatives du champ philosophique tant européen qu'américain. Les oppositions entre naturalistes et anti-naturalistes sont à ce jour loin d'être surmontées et dépassées, si tant est qu'elles puissent l'être, et il est tout à fait présomptueux de déclarer les anti-naturalistes minoritaires. Reste que ces remarques permettent de mesurer en creux l'enthousiasme de B. Leiter pour la perspective naturaliste et la confiance qu'il place dans ses chances de réussite.

Pour B. Leiter, même si les réalistes ont plus ou moins échoué dans le projet de naturalisation de la théorie du droit, celui-ci reste valable car, selon lui, l'expérience leur donne raison. Il constate que, de fait, les juristes parviennent en général à prédire ce qu'un juge ou une cour de justice fera. S'il est vrai que les juristes parviennent à le faire, alors il faut établir une théorie permettant

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰² « [...] it would not be wrong to say that it is *the* distinctive development in philosophy over the last thirty years. », *ibid.*, p. 31-32.

d'expliquer comment les juristes procèdent pour y parvenir effectivement. Les juristes arrivent la plupart du temps à prédire ce qu'une cour de justice va décider en se fondant sur une connaissance politique, psychologique et socio-culturelle des pratiques juridiques et du monde du droit en général. En effet, même s'ils n'ont pas de cadre épistémologique clair et établi à disposition pour fonder scientifiquement cette connaissance, ils s'appuient dans leur travail sur quelque chose comme une *connaissance informelle* du monde du droit. C'est ce que Leiter appelle une « *folk social theory of adjudication* »¹⁰³, c'est-à-dire une théorie sociale naïve du jugement judiciaire, issue du sens commun. Les juristes semblent bien disposer d'une théorie naïve de la pratique du droit, de la manière dont les juges prennent des décisions, sans pour autant que cette connaissance soit modélisée et formalisée clairement. Or, si malgré ses incomplétudes et ses défauts cette *folk theory* permet des prédictions généralement fiables, alors c'est elle qui doit constituer le noyau d'une théorie du droit naturalisée, c'est elle qu'il faut modéliser et formaliser : c'est à partir d'elle qu'il faut tenter de naturaliser la théorie du droit.

En disant cela, B. Leiter se situe dans la lignée des projets de naturalisation de la *folk psychology* qui cherchent à expliquer les conduites humaines en les référant à des états dits intentionnels, tels que les croyances, préférences, désirs, etc., ou à des enchaînements de tels états, auxquels on attribue une efficacité causale. L'opération de naturalisation consiste alors à caractériser et déterminer les contenus de ces représentations mentales et, une fois ceci fait, à les ramener à des processus naturels connus, comme des états neuronaux constatables du cerveau par exemple, qui eux-mêmes s'intègrent dans une explication causale naturelle. Comme le dit bien Jerry Fodor, l'un des tenants de ce projet de naturalisation de la *folk psychology*, « le but, pour résumer, est de faire du mentalisme de sens commun une science prédictive et explicative »¹⁰⁴.

Pour les naturalistes, et notamment pour Quine dont se revendique B. Leiter, si la philosophie doit être en continuité avec les méthodes ainsi qu'avec les résultats de la science, cette dernière doit aussi être en continuité avec le sens commun, avec les *folk theories*. Le but de la science doit être précisément de fonder ce que le sens commun connaît de manière informelle et quasi inconsciente pour en faire une véritable connaissance scientifique. Quine définit sans hésiter la science comme le sens commun conscient de lui-même et affirme que « la science est un prolongement du sens commun, et utilise la même tactique que lui »¹⁰⁵. Comme lui, elle accumule des observations et des expériences, les confronte et les systématise pour en faire des dispositions efficaces pour penser le

¹⁰³ *Ibid.*, p. 55

¹⁰⁴ « The goal, in short, is to make predictive and explanatory science out of commonsense mentalism. », Jerry Fodor, « A Science of Tuesdays », in *London Review of Books*, vol 22, n° 14, 20 juillet 2000. En ligne : <https://www.lrb.co.uk/the-paper/v22/n14/jerry-fodor/a-science-of-tuesdays> (consulté le 22/04/2022).

¹⁰⁵ W. V. O. Quine, *Du point de vue logique. Neuf essais logico-philosophiques*, trad. sous la direction de Sandra Laugier, Paris, Vrin, 2003, p. 79.

monde et agir. Il doit être possible, selon lui, d'établir une continuité entre le sens commun et la science en pensant une correspondance entre les deux qui ne soit pas une correspondance terme à terme, mais une correspondance sur un mode holistique qui irait du monde, au sens commun et parviendrait enfin à la science.

La stratégie à adopter est alors de se fonder sur la connaissance de sens commun pour ensuite lui donner un fondement scientifique – établir une continuité avec les sciences sociales et naturelles –, et c'est cette opération-là qui constitue un processus de naturalisation. Naturaliser un domaine devient ainsi équivalent à le faire entrer dans la science. Si les théories de sens commun semblent parvenir en général à bien prédire ce qui va se passer, alors il ne reste plus qu'à les naturaliser, c'est-à-dire à les incorporer au monde de la connaissance scientifique. C'est sur ce type de conception que B. Leiter se fonde lorsqu'il affirme que :

« les juristes travaillent avec une certaine connaissance psychologique, politique et culturelle informelle des juges et des tribunaux, qui constitue ce que l'on pourrait appeler une théorie sociale et scientifique “naïve” du jugement judiciaire. Le succès de cette théorie naïve – qui, après tout, correspond en grande partie aux talents des juristes (c'est-à-dire à leur capacité à conseiller leurs clients sur ce qu'ils doivent faire, quand intenter un procès, quand ne pas le faire, etc.) – constitue le cœur d'une théorie du droit naturalisée. »¹⁰⁶

Ce qu'il faudrait donc naturaliser en priorité, ce sont les catégories de sens commun qui permettent avec succès de prédire les décisions des cours de justice. En d'autres termes, ce qu'il faut naturaliser, c'est la théorie naïve que les juristes ont de la pratique du droit, pour ensuite, fort de ce point de départ solide, irradier vers une connaissance complète et explicite du monde du droit : passer de l'expérience de la pratique juridique à la connaissance de cette pratique.

Pour qu'une théorie soit effectivement naturalisée, on a vu qu'il existait deux exigences principales : une continuité de résultats et une continuité de méthodes avec la science. La question qui subsiste alors est de savoir si les programmes de naturalisation de la théorie du droit actuels, qui se fondent sur des *folk theories*, y parviennent et nous encouragent dans cette voie. B. Leiter donne la réponse suivante : sur le plan de la continuité des méthodes, c'est effectivement le cas, mais pas sur celui des résultats. Les *folk theories* manquent de ce point de vue de scientificité parce qu'elles manquent de systématisme et échouent à proposer des lois véritablement générales du comportement juridique qui prédisent avec suffisamment de succès les décisions de justice. Pour appuyer son propos, B. Leiter rend notamment compte d'un exemple issu des travaux de deux théoriciens du droit,

¹⁰⁶ « [...] lawyers work with some degree of informal psychological, political and cultural knowledge about judges and courts, that constitutes what we might call a “folk” social scientific theory of adjudication. The success of this folk theory – which is, after all, largely coextensive with the talents of lawyers, (i.e. their ability to advise clients what to do, when to go to trial, when to settle, etc.) – constitutes the core of naturalized jurisprudence. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, op. cit., p. 55.

J. A. Segal et H. J. Spaeth¹⁰⁷, qui essaient de montrer que la meilleure façon de prédire et d'expliquer les décisions des juges aux Etats-Unis consiste à prendre en compte deux facteurs : les faits relatifs à un cas examiné en jugement, et les attitudes et valeurs idéologiques des juges d'autre part, ce qui correspond principalement au fait qu'ils soient de tradition libérale ou conservatrice. À partir de cette hypothèse, ils constituent un modèle théorique prédictif qu'ils appliquent aux situations allant être jugées. Avec ce modèle, Segal et Spaeth parviennent à prédire 71 % des décisions des juges, ce qui, souligne B. Leiter, est un résultat intéressant, mais qui fournit une probabilité de prédiction encore faible et qui doit être amélioré. Pour B. Leiter, loin d'être décourageant, cela prouve simplement qu'il faut persister dans la voie de la naturalisation de la théorie du droit. Si pour l'instant personne à ses yeux n'est parvenu à une théorie du droit effectivement naturalisée, cela ne signifie pas que le projet doit être abandonné, mais que le chantier n'en est encore qu'à ses débuts.

Si B. Leiter a raison d'interpréter le réalisme comme il le fait, et de s'engager dans un processus de naturalisation de la théorie du droit, il faut alors en conclure comme lui que « l'approche dominante de la théorie du jugement judiciaire dans le monde anglo-américain se fonde sur une erreur. »¹⁰⁸ Cette erreur, il en identifie la provenance chez R. Dworkin, juriste américain de renom dont nous reparlerons en détail dans notre quatrième chapitre, et que l'on peut classer du côté d'un anti-naturalisme. En effet écrit-il :

« Sous l'influence de l'œuvre de Dworkin, la théorie analytique du jugement judiciaire s'est fondée sur l'hypothèse que la théorie doit expliquer les raisons que les juges donnent dans leurs avis pour motiver leurs décisions. [...] Mais si la thèse centrale des réalistes est exacte, la construction d'une théorie qui, d'un point de vue descriptif soit satisfaisante au sens de Dworkin, est un exercice vain : les décisions des juges sont motivées en vertu d'autres raisons – ils répondent à des faits – et non en vertu des raisons juridiques qui constituent leur verdict. Si ce n'est une pédanterie obsessionnelle, qu'est-ce qui pourrait obliger quelqu'un à construire une théorie autour de ces dernières raisons (ineffectives), et non autour des premières (effectives) ? Le pragmatisme des réalistes, associé à la vérité de leur thèse centrale (si elle est vraie !), entraînerait un renoncement à la majeure partie des travaux en théorie du droit qui concernent la théorie du jugement judiciaire. »¹⁰⁹

C'est donc une quasi révolution de la théorie du droit que propose B. Leiter en réalité. Elle se traduit par l'abandon des méthodes jusqu'ici suivies et par un renoncement à la quasi-totalité des

¹⁰⁷ Jeffrey A. Segal et Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

¹⁰⁸ « [...] the dominant approach to theory of adjudication in the Anglo-American world is based on a mistake. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁹ « Under the influence of Dworkin's writings, analytic theory of adjudication is predicated on the assumption that what the theory must account for is the reasons judges give in their opinions for their decisions. [...] But if the Realist Core Claim is correct, then the construction of a theory that is descriptively adequate in Dworkin's sense is an idle exercise : judges decide for other reasons – their response to the facts – and not because of the legal reasons that fill their opinions. What but a fetish for pedantry would compel one to construct a theory around the latter (impotent) reasons, rather than the former (effective) reasons ? The Realists' pragmatism, coupled with the truth of the Core Claim (if it's true !), would entail discarding most jurisprudential work on the theory of adjudication. », *ibid.*, p. 53.

recherches faites à ce sujet. Toutefois, les choses ne sont pas aussi simples, car si l'objectif est clair, la méthode pour y parvenir ne l'est pas toujours, et des obstacles multiples doivent être surmontés. En outre, la lecture de B. Leiter, quoique originale, étayée et séduisante, prête le flanc à plusieurs critiques. C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

IV. Enjeux et problèmes d'une naturalisation de la théorie du droit

L'interprétation naturaliste des réalistes est loin d'être infondée. Elle n'en reste pas moins une forme d'instrumentalisation de ce courant à des fins différentes de celles poursuivies à l'époque par ce même courant. En effet, B. Leiter se décrit comme réaliste et qualifie sa théorie de la même manière, mais cet adjectif revêt un sens très spécifique : celui qu'il reconstruit lui-même à partir de sa relecture naturaliste des théories des réalistes américains. Dès lors, deux tâches nous incombent : interroger premièrement la pertinence et la possibilité du projet de naturalisation de la théorie du droit, en montrant les problèmes et enjeux qu'il soulève, et deuxièmement examiner le bien-fondé de la réinterprétation des réalistes proposée par B. Leiter en se demandant si elle est la plus fidèle à la volonté initiale des réalistes et à l'histoire réelle de ce mouvement.

Œuvrer en vue d'une naturalisation de la théorie du droit entraîne d'importantes conséquences sur la manière dont on peut – ou doit – penser le champ de la théorie du droit, ses méthodes et ses résultats. Quelle méthode devrait-on suivre, dans le cadre d'une théorie du droit naturalisée ? D'après B. Leiter, c'est la méthode de la description empirique qui doit remplacer celle de l'analyse des raisons juridiques, chère par exemple à R. Dworkin. Il ne s'agit plus alors de décrire ce que les juges disent ou croient faire, mais de décrire réellement ce que font les juges et les acteurs du droit en général. C'est ainsi que B. Leiter, évoquant le débat entre d'une part le réaliste John Mackie¹¹⁰ et d'autre part R. Dworkin, écrit :

« Mackie, en bon réaliste, demande instamment à l'encontre de Dworkin une description de ce que les juges font *réellement* : Mackie, en d'autres termes, est en désaccord avec Dworkin sur les données que la théorie est censée recueillir. Pour Dworkin, c'est "ce que les juges disent faire, ce qu'ils pensent faire" qui requiert une explication théorique, tandis que pour Mackie et pour les réalistes, c'est "ce qu'ils font réellement". Pour les réalistes, le choix en faveur de ces données-ci est facile à expliquer : théoriser autre chose ne serait d'aucune *utilité* pour les juristes. »¹¹¹

¹¹⁰ Voir John Mackie, « The Third Theory of Law », réimprimé in Marshall Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, NJ : Rowman and Allanheld, 1983.

¹¹¹ « Mackie, like a good Realist, would urge against Dworkin a descriptive claim about what it is judges are *really* doing : Mackie would, in other words, contest with Dworkin the data that the theory is supposed to capture. For Dworkin, it is "what judges say they are doing, what they think they are doing", while for Mackie and the Realists it is "what they

La question essentielle qui se pose est donc la suivante : quelles données la théorie du droit doit-elle recueillir, ou, pour le dire autrement, quels sont les éléments que cette dernière doit décrire ? Cette question est épineuse : car c'est une chose d'affirmer qu'il faut faire reposer la théorie du droit sur une description empirique de ce que font réellement les juges, mais c'en est une autre de savoir quels sont les faits que l'on doit isoler et décrire à cet effet, quel statut – ontologique et théorique – ces faits doivent avoir dans la théorie, et comment ceux-ci peuvent être retranscrits au sein d'une description scientifique qui aspire à des critères d'objectivité et de vérité.

1. Le problème de la détermination des faits

Si la théorie du jugement judiciaire doit devenir une description empirique doublée d'une explication de ce qui cause la décision judiciaire, il faut alors répondre à la question : que décrit-on et qu'explique-t-on ? En effet, décrire ces causes signifie isoler des faits, que l'on définira alors comme des faits juridiques qui constitueront les sources du droit à partir desquelles établir une théorie du droit. Le problème qui se pose est alors celui des critères de délimitation de ces faits, auquel s'ajoute celui de savoir si ces faits sont connaissables, c'est-à-dire s'ils peuvent faire l'objet d'une description empirique et scientifique. B. Leiter tente de montrer que les travaux réalistes sont de bons exemples d'une description véritablement empirique et scientifique des faits concernant le jugement judiciaire. Même si les sciences auxquelles les réalistes font appel pour expliquer ces faits (principalement le comportementisme) ne sont pas forcément les bonnes, ils nous dessinent une voie à suivre.

Selon les réalistes, pour que des décisions judiciaires puissent entrer dans des modélisations de manière à être prédites, il faut qu'elles soient suffisamment contraintes et donc qu'elles ne soient pas entièrement à la discrétion des juges. C'est, on l'a vu, sur ce point que la branche sociologique du réalisme se distingue de la branche idiosyncrasique, dans la lignée de Frank. L'intérêt de bien différencier les premiers des seconds est justement de montrer que les réalistes qui se tournent davantage vers les sciences sociales sont de bons candidats pour une théorie naturalisée : les faits sur lesquels ils se fondent sont descriptibles et donc modélisables et prédictibles, ce qui les rend susceptibles d'une explication scientifique.

Quels sont les critères permettant de distinguer des faits prédictibles de faits non prédictibles ? D'après B. Leiter, on a vu qu'il y en a deux : il faut que les faits en question s'inscrivent dans un

are actually doing" that requires theoretical explication. For the Realists, this choice of data is easy to explain : a theory about anything else will not be useful for lawyers. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 53.

cadre déterministe et qu'ils accèdent à une certaine généralité¹¹². Autrement dit, les décisions à expliquer doivent être suffisamment contraintes pour être prédictibles, et il faut que les contraintes qui pèsent sur la décision soient des déterminations d'ordre général, observables et régulières – juridiques, sociales, politiques par exemple – et non pas des déterminations purement individuelles, liées à la personnalité d'un juge et à son histoire singulière.

La question qui se pose alors est la suivante : quels faits constituent des entraves suffisantes à la décision et permettent de la prédire et d'élaborer des modèles de cette dernière ? À ce propos, les réalistes optent pour des solutions différentes. On peut prendre l'exemple des travaux de Joseph W. Bingham¹¹³, qui s'attache à montrer que l'on doit comprendre le droit en lien avec l'action d'un gouvernement, et que, dans cette perspective, les actions des différents protagonistes de cette sphère deviennent prédictibles. Il fait apparaître des relations de cause à effet entre le droit, les différents organes gouvernementaux, leurs finalités et le contexte dans lequel ils se déploient. Pour ce faire, il se tourne plutôt vers une science politique entendue au sens d'une science du gouvernement. On peut penser, dans une autre optique, aux travaux de Holmes, de Pound et également de Llewellyn, qui adoptent une approche sociologique que l'on pourrait parfois caractériser d'institutionnelle. Llewellyn montre souvent que les décisions de juges sont à comprendre comme le fruit d'un compromis entre les besoins propres à l'institution juridique, et des besoins sociaux plus globaux et ne cesse de répéter à ses étudiants, dans *The Bramble Bush* notamment, qu'ils doivent replacer leur activité juridique dans ces ensembles plus larges¹¹⁴.

S'ils affirment sans difficulté que les décisions judiciaires sont prédictibles parce qu'elles répondent à des contraintes générales et communes à tous les juges, ils ne disent pas beaucoup de la nature de ces entraves. Ainsi écrit B. Leiter, « les réalistes sont, malheureusement, plus clairs sur les modèles que sur les entraves »¹¹⁵. En effet, l'un des apports majeurs des réalistes est d'avoir ouvert la voie à la construction de modèles de décisions efficaces, permettant d'anticiper des jugements judiciaires et d'en expliquer les causes. Un modèle décisionnel peut être défini de la manière suivante : c'est la réponse-type d'une cour de justice ou d'un juge à une situation-type. Pour saisir les enjeux de cette définition, B. Leiter donne l'exemple des modélisations que les réalistes ont élaborées en matière de droit commercial.

En observant les types de jugements rendus en général dans le domaine du droit commercial, les réalistes ont remarqué que les décisions des juges varient en général en fonction de deux

¹¹² *Ibid.*, p. 26 (passage cité précédemment note n°53).

¹¹³ Voir par exemple Joseph Bingham, « What is the Law, I », *Michigan Law Review*, vol. XI, n°1, 1912 et « What is the Law, II », *Michigan Law Review*, vol. XI, n°2, 1912. Françoise Michaut lui consacre un chapitre dans *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 135-141.

¹¹⁴ Voir par exemple K. N. Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930), New York, Oxford University Press, 2008, p. 36.

¹¹⁵ « The Realists are, unfortunately, clearer about the patterns than about the fetters. », *ibid.*, p. 27

paramètres : soit les juges interviennent dans les cas litigieux en appliquant les normes en vigueur dans la culture commerciale dominante ; soit ils interviennent dans les cas litigieux en tranchant en faveur de la décision qui sera sociologiquement et économiquement la meilleure vu les circonstances socio-économiques dans lesquelles le cas à traiter se pose. Llewellyn s'est penché sur une série de cas traités par la cour de New-York concernant des litiges entre des acheteurs et des vendeurs¹¹⁶. Selon la loi, les acheteurs ont un certain temps pour se rétracter, à condition qu'ils le fassent selon une démarche de refus motivée, en bonne et due forme. Llewellyn a observé que la loi régulant la rétractation des acheteurs a été plus sévèrement appliquée à certaines périodes et moins à d'autres. Il a montré que les cas où les rétractations des acheteurs ont été sanctionnées de manière sévère correspondent à des moments particuliers où le marché s'effondrait. Pour Llewellyn, il y a dans les jugements en question un lien de causalité clair entre l'effondrement du marché et l'application plus sévère de la loi régissant les rapports entre acheteurs et vendeurs. Les juges ont ainsi, selon lui, tendance à protéger les vendeurs dès qu'il leur semble que les acheteurs essaient d'échapper au contrat de vente parce qu'il ne leur est plus avantageux. Dans ces cas-là, Llewellyn a donc observé que la norme commerciale selon laquelle les acheteurs doivent honorer leurs engagements, même si les conditions du marché ont entre-temps changé, est visiblement plus sévèrement appliquée, et que pour cela, les juges ont recours à une interprétation plus stricte de la loi régulant les cas où un acheteur est en droit de se rétracter. À partir de ces constatations, Llewellyn a ainsi élaboré un modèle de décision qui prend en compte l'évolution du marché et la sensibilité des juges aux comportements de désengagement des acheteurs, et qui permet de prédire de manière assez fine les décisions des juges en fonction de ces deux paramètres.

Il nous faut remarquer que les outils de prédiction dont nous pouvons désormais disposer ont considérablement progressé depuis les années 1960 et les premières ébauches de modèles décisionnels dont nous venons de voir un exemple avec Llewellyn. Ils se sont améliorés quant à la quantité des décisions prises en compte et, de manière corrélée, quant à la précision de leurs résultats. En effet, les nouveaux outils et supports numériques – *big data*, algorithmes et intelligence artificielle – ont donné naissance, dans le domaine juridique à ce que les anglo-saxons appellent la *legaltech*, qui désigne toute la technologie juridique numérique qui s'occupe, à partir de la numérisation de données juridiques, et en particulier des décisions de justice, d'élaborer une justice prédictive digitalisée. Celle-ci est encore à l'état prototypique et n'est pas généralisée à tous les domaines du droit, mais elle semble pleine de promesses et particulièrement convoitée par les États développés. Nous y consacrons une large analyse dans notre quatrième chapitre.

¹¹⁶ Voir Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition : Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Company, 1960.

Si l'on généralise ce type d'approche modélisatrice et prédictive à tous les domaines du droit – et que l'on ne se cantonne pas seulement au droit commercial – en affirmant que l'intégration de faits sociaux, culturels et psychologiques est une bonne méthode pour expliquer la manière dont les juges agissent, alors il faut dire, avec B. Leiter, que :

« les décisions judiciaires sont causalement déterminées (par les faits psycho-sociaux pertinents concernant les juges), et en même temps, les décisions judiciaires rentrent dans des modèles prédictibles puisque ces faits psycho-sociaux concernant les juges (par exemple leurs expériences professionnalisantes, leurs formations) ne sont pas idiosyncrasiques, mais caractéristiques de parties importantes du pouvoir judiciaire. Plutôt que de faire un mystère de la décision judiciaire, la thèse centrale des réalistes, dans la mesure où elle est vraie, montre comment et pourquoi les juristes peuvent prédire ce que font les tribunaux. »¹¹⁷

Sans espoir de trouver une réponse dans les travaux des réalistes, puisque ceux-ci n'en disent pour ainsi dire rien, il nous faut néanmoins reposer cette question : quels faits déterminent la décision judiciaire de manière telle que celle-ci soit descriptible et prédictible au sein de modèles scientifiques ? Quels faits accepte-t-on de considérer comme des éléments que la théorie du droit doit non seulement prendre en compte, mais aussi décrire ? Doit-on décrire tout fait ayant une incidence sur la décision d'un juge ? Auquel cas, les faits psycho-sociaux relatifs aux juges, par exemple, dans la mesure où ils déterminent le droit, constitueraient des sources du droit, et il en irait de même pour les faits moraux. Ou bien doit-on éliminer certains types de faits, comme par exemple les faits moraux ? La réponse réaliste, dans la mesure où on la comprend dans la perspective naturaliste dégagée par B. Leiter, semble évidente : il faut admettre les faits psycho-sociaux dans la mesure où ils sont suffisamment généraux pour échapper aux idiosyncrasies et renvoyer à des sciences établies, mais il faut éliminer les faits moraux parce qu'ils ne répondent pour le moment à aucune science véritable. Cependant, constater que les faits moraux n'ont pas encore fait l'objet d'une science retire-t-il pour autant toute fonction déterminante aux faits moraux pour rendre compte de la décision judiciaire ? Cela signifie-t-il par ailleurs qu'aucune science des faits moraux ne peut être envisagée ? Car, de la même manière qu'une naturalisation de la théorie du droit n'a pas encore eu lieu, mais doit malgré tout être envisagée aux yeux de B. Leiter, on peut tout à fait supposer qu'une connaissance scientifique des faits moraux ne soit pas encore née mais puisse un jour exister.

¹¹⁷ « [...] judicial decisions are causally determined (by the relevant psycho-social facts about judges), and at the same time, judicial decisions fall into predictable patterns because these psycho-social facts about judges (e.g. their professionalization experiences, their backgrounds) are not idiosyncratic, but characteristic of significant portions of the judiciary. Rather than rendering judicial decision a mystery, the Realists' Core Claim, to the extent it is true, shows how and why lawyers can predict what courts do. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 29.

2. La question des faits moraux

La question des faits moraux engage la théorie du droit sur le terrain de l'ontologie. Elle prend souvent la forme d'une objection adressée aux naturalistes ainsi qu'à une certaine partie des positivistes, qui consiste à dire que la naturalisation de la théorie du droit interdit la prise en compte d'éléments moraux, ce qui a pour conséquence un déficit explicatif puisque ces éléments pourraient s'avérer cruciaux dans la prise de décision judiciaire. En général, les sciences actuelles, et donc, *a fortiori*, une théorie du droit qui se veut naturaliste, les refusent comme candidats à l'explication scientifique, principalement parce qu'ils ne répondent pas aux critères d'objectivité et de vérité scientifiques et parce qu'elles estiment qu'ils n'apportent pas de gain explicatif par rapport aux explications des sciences naturelles et sociales. L'idée, c'est donc que des éléments issus de la morale compliqueraient inutilement, en les multipliant, les éléments de notre ontologie, c'est-à-dire notre conception des entités qui peuplent notre monde réel. Ils seraient l'équivalent de meubles inutiles qui surchargent le monde et ne permettent aucunement d'en donner une meilleure connaissance.

Toutefois, en France par exemple, depuis les années 1990, on assiste à des tentatives pour mener des approches naturalistes de la morale. En ce sens, certains travaux en biologie évolutionniste expliquent les comportements dits moraux en termes de fonction biologique en montrant par exemple que si des hommes partagent des normes et des valeurs communes, alors ils s'assurent une meilleure coordination sociale et se donnent les moyens de mettre en place des actions collectives complexes leur garantissant de meilleures conditions de vie et une plus grande adaptation¹¹⁸. Pour une certaine branche de la biologie évolutionniste, une telle explication suffit à rendre compte des comportements moraux et évite de compliquer notre ontologie du monde en ajoutant par exemple, l'existence de faits moraux objectifs (comme la justice, l'injustice, l'honnêteté, etc.) aux faits sociaux observables. Pour les naturalistes on peut donc dire qu'il n'existe pas de justice, mais des comportements socialement justes qui répondent à des exigences biologiques.

Un auteur comme Moritz Schlick peut être intéressant sur ce sujet car il inaugure une voie originale : il propose de traiter les valeurs morales comme des faits, si bien que l'éthique n'est plus alors pour lui à penser comme une science normative, mais bien au contraire comme une science empirique dont le projet est d'expliquer les normes éthiques existantes à partir des lois générales qui

¹¹⁸ Voir par exemple sur ce point Jean-Pierre Changeux, *Les fondements naturels de l'éthique*, Paris, Odile Jacob, 1993, ainsi que l'ouvrage collectif dirigé par Christine Clavier et Catherine El-Bez, *Morale et évolution biologique. Entre déterminisme et liberté*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2007. Ce dernier fait le point sur les recherches actuelles en la matière et intègre des articles critiques à l'égard des tentatives de naturalisation de la morale.

régissent les comportements humains¹¹⁹. Il s'agit donc, en un mot, d'appliquer les thèses du positivisme logique au domaine de l'éthique pour la reconstruire selon un modèle causal. Pour élaborer la connaissance éthique, le philosophe doit s'atteler à regrouper les différentes actions tenues pour bonnes, les relier à la norme qui leur correspond, puis relier ces normes à des lois plus générales. L'idée est d'arriver à une norme suprême qui serait la définition du bien. Définir le bien reviendrait à relever les situations lors desquelles le mot « bien » est effectivement utilisé, et non à dire quand il doit l'être ou ce qu'il doit signifier. Schlick souligne qu'« il s'agit d'une pure question de fait, il s'agit simplement de la description des circonstances dans lesquelles le mot “bien” (ou son équivalent dans d'autres langues, ou encore la désignation de son opposé “mal”) est de fait utilisé »¹²⁰. Relever ces occurrences permettrait de les rattacher à des normes d'usage qui elles-mêmes ne rechercheraient pas de justification. Elles seraient alors susceptibles d'explications causales de sorte qu'elles-mêmes seraient à leur tour considérées comme des faits. Ainsi écrit Schlick, l'éthique ne crée pas son objet, et, qu'il s'agisse de valeurs ou de comportements moraux, « elle trouve tout cela déjà présent, de même que toute science trouve le matériau qu'elle traite présent au préalable dans l'expérience de la vie »¹²¹. Son objet, ce sont donc les normes, mais prises comme des faits, dont elle cherche à produire une explication causale. C'est pourquoi, selon cette conception, « la seule chose qui requiert une explication et en soit susceptible ce ne sont pas les normes, les principes et les valeurs elles-mêmes, mais plutôt les faits réels desquels ils sont abstraits »¹²².

Il reste que pour la plupart des naturalistes, il apparaît difficile de faire entrer les faits moraux dans une explication scientifique procédant de manière causale, et que si quelque chose comme des faits moraux existe, ce n'est absolument pas sur un plan comparable aux autres faits du monde entrant en général dans une explication scientifique. Or, pour un naturaliste radical, si ce type de faits ne peut recevoir de description ou d'explication causale, il ne peut être engagé dans aucun processus de connaissance, et se trouve par conséquent exclu de la science, si ce n'est pour les plus radicaux, du réel. L'exclusion, plus ou moins radicale, des faits moraux hors de la théorie du droit fonde aussi des différences entre positivistes (naturalistes ou non). C'est ainsi que l'on distingue traditionnellement d'une part les partisans d'un positivisme exclusif (*hard positivism* ou *exclusive positivism*) pour lesquels seuls des faits sociaux fixent des contenus du droit, ce qui exclut totalement le recours à des faits moraux, et d'autre part les partisans du positivisme inclusif (*soft positivism* ou *inclusive*

¹¹⁹ Moritz Schlick, Friedrich Waissmann, *Question d'éthique – Volonté et motif*, trad. Christian Bonnet, PUF, 2000.

¹²⁰ Moritz Schlick, *Question d'éthique*, op. cit., p. 19.

¹²¹ *Ibid.*, p. 15.

¹²² *Ibid.*, p. 31.

positivism) pour lesquels il faut tenir compte de certains éléments moraux, nécessaires au droit¹²³. Ces derniers estiment que, si le droit n'est pas nécessairement lié de manière conceptuelle à la morale, il y a entre ces deux domaines des connexions contingentes, si bien que certaines normes ou concepts juridiques, comme par exemple la dignité, sont imprégnés de notions morales au point qu'il est impossible de les comprendre sans faire référence à des conceptions morales. Les tenants du positivisme exclusif, dont B. Leiter se revendique, refusent absolument cette inflexion et affirment que l'on peut tout à fait (voire que l'on doit) connaître le droit sans faire référence ni avoir recours à aucune norme, conception ou valeur d'ordre moral.

Les réalistes en matière de morale, qui postulent l'existence et la pertinence des valeurs et des faits moraux sont tout à fait opposés à cette exclusion. Pour éviter la confusion entre les termes « réalistes en matière de morale » et « réalistes » au sens du courant juridique américain, on appellera les réalistes en matière de morale les cognitivistes, désignant par-là l'idée qu'ils admettent les faits moraux et les valeurs dans l'explication du droit, et affirment que l'on peut les connaître, par opposition aux positivistes qui sont la plupart du temps des non-cognitivistes en matière de morale et de valeurs. L'un des plus célèbres d'entre les cognitivistes, Richard Dworkin, est très fréquemment visé par l'argumentation de B. Leiter¹²⁴ et constitue l'une de ses cibles principales. Les cognitivistes affirment que des faits moraux existent effectivement dans le monde et que ceux-ci doivent faire partie de l'explication que l'on fait du monde en général, et du monde du droit en particulier. Ce dernier véhicule en effet en son sein tout un ensemble de notions comme celle de juste ou d'injuste, de légitime ou d'illégitime, d'honnêteté et de malhonnêteté, ou encore d'innocence, de culpabilité et de responsabilité, qui ont toutes des consonances morales et éthiques. Estimant que ces notions ont une place ainsi qu'un sens moral et éthique importants, les cognitivistes développent en général deux arguments dans le but de les intégrer à l'explication scientifique du droit. Le premier, que l'on a déjà souligné est celui du déficit explicatif, et le second consiste à dire que les naturalistes excluent par principe les faits moraux d'une théorie du droit naturalisée au nom d'un préjugé scientiste, celui selon lequel pour qu'un fait puisse entrer dans une explication scientifique valide, il faut qu'il ait une efficacité causale. Un tel critère de validité exclut par principe les faits moraux, car, s'ils existent, ils agissent plutôt dans le monde à la manière de guides, de conseils, ou de normes subjectives.

L'idée n'est pas ici de rentrer dans le détail du débat qui oppose les cognitivistes d'un côté et les non-cognitivistes de l'autre, mais de montrer que la position que défend B. Leiter, avec les réalistes

¹²³ Voir par exemple l'article de Pierre Brunet, « Positivisme. Un froid cynisme », in *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 439-445.

¹²⁴ Voir notamment le chapitre VI de Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, intitulé « Beyond the Hart/Dworkin Debate. The Methodology Problem in Jurisprudence », p. 153-181, ainsi que toute la troisième partie de l'ouvrage qui se centre sur la problématique des rapports entre droit et morale.

américains, est opposée d'une part aux cognitivistes tels que R. Dworkin, et d'autre part aux positivistes inclusifs. Ce qu'on peut conclure des débats sur la question des liens entre droit et morale et sur la question de la nécessité de faire entrer des faits moraux dans l'explication des phénomènes juridiques, c'est que les points où le droit a à voir avec de la morale résistent fortement à la naturalisation, et ce, à deux niveaux. Du côté des naturalistes, il s'agit d'un refus d'intégrer quelque chose comme des faits moraux dans leur explication du droit parce qu'ils ne leurs reconnaissent pas le statut de fait. Du côté des cognitivistes, il s'agit de refuser de rentrer dans un processus de naturalisation parce que cela leur ferait perdre leur spécificité explicative, et parce qu'ils estiment que cela les engagerait à réduire leurs explications morales à des explications issues de la psychologie ou de la biologie évolutionniste.

3. Le problème de la description

Si l'on peut être réservé sur l'entrée des faits moraux au sein d'une théorie du droit naturaliste, les faits psychologiques et sociaux, en tous cas ceux qui répondent à des critères de détermination et de généralité suffisants, devraient y être intégrés. C'est même la spécificité des réalistes américains que d'insister sur ce point. Pour eux, affirmer que les raisons juridiques ne suffisent pas à rendre compte des décisions que prennent les juges, c'est dire dans le même temps que d'autres raisons doivent entrer dans une explication causaliste du jugement judiciaire, qui sont liées à des faits psychosociologiques. Or, même si l'on adopte la position du positivisme exclusif et qu'on élimine de fait les difficultés liées à l'intégration des faits moraux dans la théorie du droit, des difficultés persistent, liées au problème de l'observation et de la description des faits humains.

En effet, quels que soient les faits que l'on souhaite intégrer à titre descriptif dans une théorie, en vue de proposer une explication de certains phénomènes, la question des modalités de la description mise en œuvre à cet effet se pose. Comment définir la notion de description ? Dans la réflexion épistémologique en général, on rapproche la notion de description de celle d'observation et on la distingue scrupuleusement de l'interprétation, de l'explication et de la prescription. Une description se présente comme un énoncé qui se contente de spécifier ce qui est d'après une expérience de ce qui est effectivement, sachant que l'expérience est alors pensée comme une relation cognitive directe avec le réel. D'un point de vue épistémologique, on réserve donc en général la notion de description pour désigner les énoncés qui transcrivent les contenus de l'expérience sensible telle que celle-ci intervient dans la connaissance scientifique. Cette expérience peut être soit une observation immédiate et passive, soit une observation indirecte, liée à une expérimentation (et donc

à la manipulation expérimentale de faits, mesurés ou évalués par des instruments). Un énoncé descriptif peut donc être défini comme un énoncé d'observation, qui spécifie quelque chose d'après une observation en transcrivant le contenu de cette dernière.

Le premier problème que pose l'observation – et conjointement, le problème que pose la description en tant qu'elle en est une transcription – est que l'observation n'est ni neutre ni objective *per se*. En effet, celui qui observe est toujours un sujet qui sélectionne quelque chose à observer, et ce quelque chose constitue son champ d'observation. L'observateur opère toujours un cadrage, comme en photographie ou en technique cinématographique, il décide de ce qui sera dans le champ ou au contraire de ce qui sera laissé hors champ. C'est évidemment le cas de la théorie du droit : quel cadrage peut-elle ou doit-elle adopter quant aux faits juridiques ? Lesquels appartiennent à son champ explicatif, lesquels en sont exclus ?

Le second problème que pose l'observation, et qui engage la possibilité même d'une description, est celui de l'accessibilité des faits que l'on souhaite observer. On a vu, par exemple, que certains faits psychologiques liés à la personnalité des juges peuvent être tellement singuliers, quoique déterminants pour la prise de décision judiciaire, qu'ils en rendent la prédiction impossible. La nature impalpable de ces faits conjuguée à leur singularité les extrait du domaine de l'observable. On peut tout à fait présumer que quelque chose comme des motifs psychologiques est bien à l'œuvre dans le processus décisionnel puisqu'on peut en voir les effets, mais ces motifs sont parfois imprévisibles et répondent à des logiques qui ne sont pas toujours conscientes, y compris pour les acteurs du droit eux-mêmes, si bien qu'ils ne peuvent pas toujours être observés, ni par conséquent décrits, ni *a fortiori* anticipés. Dès lors, la question qui se pose est la suivante : est-ce que les faits psycho-sociaux que les réalistes américains veulent faire entrer dans leur théorie du jugement judiciaire font (tous) partie du domaine de l'observable ? Dans quelle mesure l'observation de tels faits peut-elle être suffisamment objective ?

Notons d'emblée que le seul domaine où les réalistes parviennent à élaborer des modèles de décision est le domaine du droit commercial. On peut interpréter les modèles de décision que l'on a évoqués chez Llewellyn, en disant qu'ils consistent en fait à mettre en parallèle des décisions de justice avec des faits économiques relativement simples à observer – l'effondrement du marché ou au contraire sa prospérité, des stratégies d'évitement des déficits financiers et de valorisation des gains potentiels. À cela s'ajoute un fait politique, à savoir la volonté des juges de soutenir l'économie commerciale à l'œuvre dans leur État (ce qui n'est pas une évidence). Ces éléments forment un ensemble peu complexe : ils ne sont ni très difficiles à observer, ni très difficiles à décrire, puis à interpréter. Mais qu'en est-il de situations plus complexes, mettant en balance, par exemple, des dilemmes d'ordre moral et/ou politique auxquels il est possible de répondre de plusieurs manières

possibles ? Les modèles de décision proposés par les réalistes dans le domaine du droit commercial, et que B. Leiter semble soutenir, paraissent en réalité extrêmement faibles et ce, essentiellement pour deux raisons : ils ne semblent être capables de prendre en compte que des logiques simples (valoriser les comportements individuels d'enrichissement en période florissante ou au contraire les sanctionner en épisode de crise) ; ils ne prennent pas vraiment en compte (ou n'en sont pas capables) la possibilité de variables certes étonnantes, mais toujours possibles, comme par exemple, le fait qu'un juge ne cherche pas à défendre la politique commerciale étatique mise en danger par des comportements individuels. Notons à cet égard que les modèles décisionnels numériques créés ces dernières années présentent les mêmes limites. Leurs concepteurs précisent tous sans exception qu'ils ne peuvent être introduits dans le domaine pénal par exemple, les affaires qui y sont jugées étant présentées comme trop singulières et trop complexes pour pouvoir être modélisées.

Si nous prenons un peu de recul, nous pouvons remarquer qu'ici nous ne faisons finalement que relever des problèmes tout à fait classiques concernant les sciences humaines et leur méthodologie, et qui en font la spécificité en même temps que la richesse et la complexité. Or la théorie du droit peut être définie comme une science humaine dans la mesure où ce dont elle traite – que l'on définisse son objet comme étant par exemple l'étude des normes ou des comportements juridiques ou encore des systèmes de lois – est un matériau proprement humain, utilisé et mis en œuvre par des humains. Ce matériau et sa mise en œuvre sont ainsi faits d'affects, de valeurs, de sentiments, de symboles, de significations, d'histoire, mais aussi d'imprévu et de créativité. Or comment observer puis décrire *objectivement* un tel matériau ? C'est ce que rappelle très bien Lévi-Strauss lorsqu'il souligne que la manière d'élaborer en sciences humaines un fait scientifique est quelque chose de périlleux, puisque nous sommes toujours partagés entre d'une part la volonté de faire œuvre de science, et d'autre part celle de s'écarter de la méthodologie des sciences naturelles pour pouvoir rendre compte de la spécificité humaine :

« Toute définition correcte du fait scientifique a pour effet d'appauvrir la réalité sensible et de la déshumaniser. Par conséquent, pour autant que les sciences humaines ont à faire œuvre véritablement scientifique, chez elles la distinction entre l'humain et le naturel doit aller en s'atténuant. Si jamais elles devenaient des sciences de plein droit, elles cesseraient de se distinguer des autres. D'où le dilemme que les sciences humaines n'ont pas encore osé affronter : soit conserver leur originalité et s'incliner devant l'antinomie, dès lors surmontable, de la conscience et de l'expérience ; soit prétendre la dépasser, mais en renonçant alors à occuper une place à part dans le système des sciences, et en acceptant de rentrer, si l'on peut dire "dans le rang" ». ¹²⁵

Il faut donc souligner, davantage que ne le fait B. Leiter, les difficultés – qui ne sont sûrement pas insurmontables – liées aux objets des sciences humaines en général et ici, en particulier à cet objet

¹²⁵ Claude Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale deux* (1973), Paris, Plon, « Pocket », 1996, p. 345.

de science que peut être la décision judiciaire. Les éléments que l'on choisit de définir, et les moyens que l'on va retenir pour ce faire, ne vont pas de soi et nécessitent des arbitrages qui méritent d'être argumentés. C'est le cas, on l'a vu, de la question des faits moraux qui engage la théorie du droit vers un positivisme inclusif ou au contraire exclusif, et c'est également le cas de la question de savoir comment décrire des faits psychologiques et sociologiques, dont l'observabilité est problématique. Statuer sur ces questions implique alors de choisir les critères qui *doivent* être ceux de la théorie du droit. Cela signifie que l'on s'écarte d'une pure et simple description des faits juridiques et des autres faits qui y sont liés, et que l'on en vient nécessairement à prescrire ce que doit être la théorie du droit, ses éléments et ses sources, et donc, *in fine* ce qui doit être considéré comme du droit. Dans le cas d'une théorie que l'on vise à naturaliser, on prescrit que la théorie du droit doit être en continuité avec les sciences naturelles, du point de vue des résultats obtenus et des méthodes utilisées, et qu'inversement les pratiques juridiques réelles des acteurs du droit doivent être suffisamment déterminées, généralisées et rationalisées pour être prédictibles : on recherche une pleine intelligibilité du droit et donc une théorie du droit qui soit véritablement en adéquation avec la pratique juridique réelle.

4. Description et prescription

Cette recherche d'une pleine intelligibilité du droit, dont nous essayons de montrer qu'elle engage davantage qu'une simple position descriptive, apparaît clairement, quoique parfois de manière implicite, dans les travaux des réalistes américains. On en trouve une formulation intéressante chez Llewellyn¹²⁶, qui explique que, selon lui, les étudiants en droit doivent apprendre à percevoir et prévoir l'influence que les faits ont sur les juges, puisque ceux-ci prennent leurs décisions principalement en fonction de la configuration des faits. En effet, les règles de droit et leur formulation ont évidemment une incidence sur la manière dont les juges vont prendre leurs décisions, mais il serait faux d'en conclure que les formulations juridiques traditionnelles soient le facteur opérant le plus puissant dans la prise de décision des cours de justice. Il faut donc, dit Llewellyn, travailler sur les faits, sur les règles actuelles et effectives en vigueur, et non pas seulement sur les règles formellement écrites. Ces dernières, à elles seules, ne suffisent pas à produire une explication de la pratique des juges. Llewellyn fait donc une différence claire entre le domaine des règles écrites et annoncées de la doctrine juridique – les *paper-rules* –, et celui des règles réellement et effectivement

¹²⁶ Karl N. Llewellyn, « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », in *Harvard Law Review*, vol. 44, n°8, 1931.

en vigueur – les *actual-rules* –, qui ne se résume pas seulement aux règles juridiques mais renvoie aussi à d'autres règles de comportements, relatives aux faits sociaux et psychologiques qui composent toute affaire qui nécessite une décision judiciaire. Dans un univers juridique *idéal*, conclut Llewellyn, la révolution réaliste aurait eu lieu, de sorte que les règles effectives seraient identiques aux règles écrites et que la différence entre *actual-rules* et *paper-rules* aurait disparu.

Tout le travail des réalistes est précisément de travailler à la construction de cet univers idéal et d'arriver à une connaissance du droit telle que les deux conditions suivantes soient réunies : la règle annoncée sied parfaitement à un ensemble de cas à trancher, si bien que la manière dont les juges vont trancher ces cas est toujours celle prévue par la règle de droit annoncée ; on connaît toutes les situations types et toutes les réponses types des juges, si bien qu'on est en possession d'un savoir complet des faits sociaux et psychologiques concernant la manière dont décident les juges. On peut dès lors conclure, sans détourner la pensée de K. Llewellyn, au fait que la théorie réaliste sur laquelle B. Leiter fait reposer, en partie, son projet de naturalisation du droit, comporte une part prescriptive. Souvenons-nous que B. Leiter lui-même, à la suite de Quine, n'hésite pas à affirmer que l'on *doit* naturaliser la théorie du droit et la rendre compatible avec la science actuelle parce que cette pratique est la plus performante à ce jour¹²⁷.

Toutefois, cette dimension prescriptive, qui rejaillit à divers endroits de *Naturalizing Jurisprudence*, doit être questionnée. Pour ce faire, on peut s'appuyer sur certaines analyses du théoricien du droit italien Norberto Bobbio dans ses *Essais de théorie du droit*¹²⁸. Dans « Être et devoir-être dans la science du droit », Bobbio distingue la science du droit, qui étudie les systèmes de normes effectifs, de la méta-science du droit. Cette dernière peut se définir comme la réflexion critique qui s'effectue à propos de la science du droit. Il montre qu'une science du droit peut être purement descriptive tandis que la méta-science qui en fixe les règles et le fonctionnement peut quant à elle être prescriptive, et donc que les enjeux normatifs qui sont évacués d'un côté peuvent resurgir de l'autre. Les réalistes américains et à leur suite B. Leiter se situent, du point de vue de la science du droit, dans une perspective descriptive. Ils se contentent en effet d'observer les manières de décider des juges pour les anticiper et n'attribuent pas, à proprement parler, de mission ou de directives aux juges. En revanche, là où ils s'engagent dans des visées prescriptives, c'est dans ce que Bobbio appelle la « méta-science du droit ». Quand Llewellyn affirme que les juristes doivent accentuer leurs efforts pour se rapprocher d'une connaissance du droit telle que la manière dont les juges vont trancher les cas soit toujours prévue par les règles de droit annoncées, et qu'il faut œuvrer à constituer

¹²⁷ Voir Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, op. cit., p. 50, passage précédemment cité, voir la note 66.

¹²⁸ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret et Christophe Agostini, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1998.

un savoir complet des faits sociaux et psychologiques qui concernent les décisions judiciaires, quand tous les réalistes affirment qu'il faut se préoccuper non pas de ce que les juges disent faire mais de ce qu'ils font réellement, ou encore quand B. Leiter affirme qu'il faut naturaliser la théorie du droit, on se situe précisément dans ce que Bobbio nomme la méta-science du droit. On se situe qui plus est, dans une forme prescriptive de méta-science du droit, qui dit ce que doit être la science du droit. Ainsi Bobbio peut-il écrire :

« Dans la mesure où la méta-science du droit s'inspire d'un modèle scientifique et cherche à transformer le travail du juriste, elle ne s'occupe pas tant de ce que la science du droit est que de ce qu'elle doit être. Tout au moins, sous l'apparence d'une observation de ce que font effectivement les juristes, elle tend à indiquer ce qu'ils devraient faire pour mieux accomplir leur tâche. En d'autres termes, le problème caractéristique de la science du droit se pose à nouveau pour la méta-science du droit : celui de savoir si elle est "normative", au moins au sens le plus fort du mot, du point de vue de sa fonction ; si sa tâche n'est pas tant de *décrire* ce que font les juristes que de *prescrire* ce qu'ils doivent faire. »¹²⁹

Ceci décrit fort bien la situation des réalistes et de B. Leiter. Cet état de fait est loin d'être étonnant dans la mesure où il s'agit dans les deux cas de mener une réflexion critique sur la nature de la théorie du droit, l'objet qu'elle doit étudier, la fonction qu'elle doit avoir, et la méthode qu'elle doit suivre. N'oublions pas que pour les réalistes, le contexte de la théorie du droit de leur époque est tout sauf tourné vers la pratique et la description de l'activité réelle des juges. L'un des objectifs des réalistes est justement de recentrer l'attention des théoriciens du droit sur les logiques réelles à l'œuvre dans le monde du droit. N'oublions pas non plus que B. Leiter estime que toute une partie de la théorie du droit s'est fourvoyée et qu'il faut renoncer à un grand nombre de travaux en théorie du droit qui concernent la théorie du jugement judiciaire¹³⁰. Dès lors pour les réalistes comme pour B. Leiter au siècle suivant, la théorie du droit *doit* être descriptive – c'est sa nature –, elle *doit* étudier ce que les juges et les acteurs du droit en général font réellement – c'est son objet –, elle *doit* permettre de prédire leurs actions et d'aboutir à une connaissance intégrale du droit – c'est sa fonction –, et elle *doit* pour cela suivre les méthodes des sciences naturelles et être compatible avec les résultats de ces dernières – c'est sa méthode. C'est, idéalement, à ce modèle qu'une (bonne) science du droit doit selon eux se conformer, si l'on suit les recommandations de leur méta-science du droit. Ce que Bobbio affirme au sujet de la théorie de la science du droit de Kelsen, lorsqu'il estime qu'elle « prescrit de décrire », peut être justement appliqué à celle des réalistes et de B. Leiter. Il ajoute : « en d'autres

¹²⁹ *Ibid.*, p. 189.

¹³⁰ Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 50, passage précédemment cité.

termes, cela signifie qu'une science du droit "neutre" est obtenue au prix d'une méta-science "idéologisée" »¹³¹.

Toutefois, Bobbio remarque qu'au moment où il écrit¹³², on assiste plutôt à la naissance et à la mise en place d'une contre-tendance, qui s'oppose à la mise en œuvre d'une méta-science prescriptive, et qui se propose comme une méta-science descriptive. L'aspect prescriptif est alors reconduit dans la science du droit elle-même, au moment où la méta-science découvre que la science du droit ne décrit pas mais prescrit. En effet observe-t-il,

« une réflexion critique, ou comme on le dit, réaliste, sur le travail des juristes montre que la science du droit, en dépit des modèles, a assumé dans tous les ordres juridiques, avec une plus ou moins grande intensité, une fonction primaire ou secondaire de source du droit. [...] La méta-science descriptive de l'âge post-positiviste découvre la fonction prescriptive du juriste dans la société. Un changement de rôle complet a eu lieu. Tandis que la méta-science positiviste avait trouvé sa vocation, comme on l'a dit, dans le fait de prescrire de décrire, la méta-science du droit actuelle, accomplissant sa vocation propre qui consiste à décrire, découvre que la science du droit ne décrit pas mais prescrit. »¹³³

Paradoxalement, on peut comprendre les réalistes comme représentatifs à la fois de la tendance première de la méta-science du droit et de sa contre-tendance. On l'a vu, les réalistes se situent dans une dynamique méta-scientifique prescriptive : il faut, selon eux, modifier l'optique de la théorie traditionnelle du droit. Cette dernière doit devenir empirico-descriptive et s'approcher davantage de la réalité de la pratique juridique. Toutefois, le fait de s'approcher de cette réalité révèle un fait essentiel, au moins concernant la théorie du jugement judiciaire : les juges, lorsqu'ils rendent des décisions, ne le font pas uniquement pour des raisons juridiques et il faut par conséquent reconnaître le pouvoir de création, d'interprétation et de prescription des normes que possèdent les juges. La découverte de ce point essentiel et le fait de mettre l'accent dessus opèrent bien un renversement : la dimension prescriptive se retrouve non plus dans la méta-science du droit, mais dans la science du droit elle-même. Il semble qu'on puisse interpréter les conséquences du geste réaliste de cette manière : la prescription de départ, celle de ne s'occuper que de ce que font réellement les juges, aboutit à découvrir (ou à prendre davantage en compte) leur pouvoir prescriptif, si bien que la dimension prescriptive qui résidait dans la méta-science du droit revient finalement à la science du droit.

Bobbio n'en reste pas là et émet des doutes, de toutes façons, quant à la possibilité pour une méta-science du droit, d'être intégralement descriptive. En effet, écrit-il :

« Celui qui réfléchit d'une manière critique sur le travail du juriste dans la société ne peut pas éviter de prendre position à l'égard de l'observateur, c'est-à-dire d'effectuer des jugements de valeur. Dans les sciences de l'homme, le jugement sur la façon dont les

¹³¹ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 191.

¹³² Précisons que l'article « Être et devoir être dans la science du droit » a été écrit en 1967.

¹³³ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p.192-193.

choses se développent est toujours effectué en vue de la question “Est-il bien ou mal que les choses se déroulent ainsi ?” »¹³⁴

Quant à la science du droit, ajoute-t-il, on ne peut éviter qu'elle émette des jugements de valeur, et que ces jugements aient, même de manière détournée, une influence sur la manière dont le droit est mis en œuvre. Ainsi peut-on conclure avec Bobbio que dans les sciences de l'homme, dont la théorie du droit fait partie, il est difficile de s'en tenir à une science purement descriptive. L'objet de la science du droit s'y prête difficilement, ou s'expose en tout cas dans des circonstances telles qu'il n'est pas toujours possible d'en rester à une pure description (à moins d'opter pour une ontologie draconienne, et donc pauvre au regard de la complexité du réel que l'on cherche à approcher), et qu'une certaine partie de la théorie demeure prescriptive.

Il nous faut remarquer ici, sans le développer davantage pour le moment, que ces difficultés que nous avons essayé de faire apparaître autour de la problématique de la description se posent avec encore plus d'acuité lorsqu'il s'agit d'intégrer la description au sein d'une démarche de naturalisation. La question de la naturalisation de la théorie du droit s'intègre dans la question plus large de la naturalisation des sciences humaines et renvoie à un long débat philosophique, nommé la « querelle des deux sciences ». Au sein de cette querelle il a été – et est encore – âprement discuté la solution au dilemme évoqué plus haut avec Lévi-Strauss entre la nécessité pour les sciences humaines de conserver leur spécificité et celle d'adopter le modèle des sciences naturelles.

V. Naturalisme ou pragmatisme ?

Tous les commentateurs des réalistes s'accordent à trouver central dans leur réflexion le rapport entre droit et vie sociale. Que ce soit B. Leiter, qui fait de la réactivité des juges aux faits une thèse fondatrice des réalistes, ou B. Z. Tamanaha, qui affirme que pour eux « le droit reflète les processus sociaux »¹³⁵, ou avant eux, W. Twining, qui souligne leur volonté de réformer le droit et son enseignement pour en faire un outil utile, efficace et en prise directe avec le monde, le lien entre droit et société apparaît fondamental dans la pensée réaliste et revêt un caractère quasi organique. Or, quel courant philosophique, mieux que le pragmatisme, surtout à l'époque où sont influents les réalistes, prend en charge ce genre de question ? Le pragmatisme ne serait-il pas pour les réalistes un

¹³⁴ *Ibid.*, p. 205.

¹³⁵ « law is a reflection of social processes », B. Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, *op. cit.*, p. 85.

arrière-plan conceptuel et philosophique plus proche et plus naturel que le naturalisme quinien que B. Leiter convoque pour faire basculer le réalisme du côté des sciences naturelles ?

Il s'agit ici pour nous de repenser ce que B. Leiter appelle « l'engagement pragmatique » des réalistes en un sens plus fort que celui qu'il construit dans *Naturalizing Jurisprudence*. Le pragmatisme auquel B. Leiter fait référence eu égard aux réalistes ne regarde, au fond, que leur épistémologie. Selon lui, l'engagement pragmatique des réalistes se résume à l'objectif de « produire une théorie *ayant une valeur pragmatique* pour les juristes, autrement dit, qui leur permette de prédire ce que les tribunaux feront »¹³⁶. Il semble au contraire qu'on puisse voir chez les réalistes beaucoup plus qu'une simple « valeur pragmatique » à leur théorie du jugement judiciaire, et considérer qu'ils raisonnent à partir d'un véritable arrière-plan philosophique pragmatiste. Une lecture plus pragmatiste des réalistes possède un avantage par rapport à la lecture naturaliste que propose B. Leiter, celui d'être historiquement plus juste puisque strictement contemporaine de ces derniers. En outre, des liens avérés peuvent être faits entre certains réalistes et des philosophes tels que Dewey¹³⁷. Dès lors, si, comme le dit B. Leiter, « les réalistes, nous devons nous en souvenir, ont surtout été le produit de leur milieu intellectuel »¹³⁸, alors peut-être faut-il davantage se tourner vers le pragmatisme qui naît à leur époque, notamment celui de Dewey, plutôt que vers le naturalisme tel que l'entend B. Leiter. En effet, même si à l'époque des réalistes, souligne B. Leiter, « la science naturelle était considérée comme le paradigme de toute connaissance authentique, et toute discipline – de la philosophie à la sociologie – qui souhaitait atteindre une respectabilité épistémologique se devait d'imiter ses méthodes, c'est-à-dire d'être “naturalisée” »¹³⁹, ce scientisme était bien souvent une posture plutôt qu'une position rationnellement ancrée et défendue, et il n'est pas sûr que la volonté d'être à tout prix « scientifique » au sens des sciences naturelles ait été si farouche chez les réalistes.

B. Leiter relève bien l'existence d'une connexion entre réalisme et pragmatisme et affirme effectivement des réalistes qu'ils sont des pragmatistes. Mais à dire vrai, il leur confère un pragmatisme quasi décoratif, là où nous voudrions montrer qu'il est autrement plus que cela. Le pragmatisme irrigue la pensée réaliste et en constitue l'ancrage peut-être le plus fondamental. On peut

¹³⁶ « to produce a *pragmatically valuable* theory for lawyers, i.e. one that will enable them to predict what courts will do. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁷ Nous verrons par ailleurs que dans le cadre d'un pragmatisme tel que celui défendu par Dewey, la lecture pragmatiste n'est pas exclusive d'une lecture naturaliste. En effet, Dewey défend un naturalisme, mais qui n'est pas celui que défend B. Leiter.

¹³⁸ «The Realists, we must remember, were very much a product of their intellectual milieu », *ibid.*, p. 57.

¹³⁹ « natural science was viewed as the paradigm of all genuine knowledge, and any discipline – from philosophy to sociology – which wanted to attain epistemic respectability had to emulate its methods, i.e. had to be “naturalized”. », *ibid.*, p. 58.

s'en convaincre en remarquant premièrement qu'il résulte de liens intellectuels réels et incarnés entre ces deux courants, et deuxièmement, qu'il se manifeste par le partage de thèses fortes et fondatrices.

1. Une proximité historique et intellectuelle : Holmes, Dewey et Llewellyn

a. Holmes et Dewey

Le réalisme juridique américain, on l'a vu, est intimement lié à la *Sociological Jurisprudence*, et aux personnalités de Pound et de Holmes. Ce dernier et John Dewey se sont rencontrés et côtoyés par le biais du *Metaphysical Club*, lieu de discussion philosophique créé initialement par Holmes, Charles Sanders Peirce et William James en 1872, puis reconduit par Peirce après sa dissolution la même année¹⁴⁰. Ce club fut ainsi au cœur de la constitution des idées pragmatistes. En effet, Dewey s'intéresse à Holmes et le lit de près¹⁴¹, comme en témoignent les textes de Dewey consacrés exclusivement à la question du droit tels que « Logical Method and Law ¹⁴² », ou encore « My Philosophy of Law »¹⁴³ et qui sont très nettement imprégnés par la vision du droit de Holmes. Liora Israël et Jean Grosdidier insistent d'emblée sur ce point dans l'article qu'ils consacrent à la philosophie juridique de Dewey. Ils commencent par rappeler « l'articulation première entre philosophie pragmatiste et analyse réaliste du droit », puis soulignent qu'il y a chez Holmes « cette conception du droit comme non transcendant et non réductible à des axiomes que l'on va retrouver chez Dewey »¹⁴⁴. Pour le philosophe pragmatiste en effet, le droit ne peut être pensé indépendamment de son application et donc de ses effets sociaux. Il est intégralement social, résulte de l'action et des interactions humaines, et donc appartient entièrement au domaine de l'expérience : « le droit est de part en part un phénomène social ; social dans son origine, dans son but ou sa finalité, et dans son

¹⁴⁰ Sur les liens entre Holmes et le pragmatisme ainsi que sur le *Metaphysical Club*, on peut notamment lire : Louis Menand, *The Metaphysical Club : A Story of Ideas in America*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2001 ; Susan Haack, « On Legal Pragmatism : Where Does the "Path of Law" Lead Us ? », in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 50, 2005 ; Susan Haack, *Pragmatism, Old and New, Selected Writings*, Amherst, New York, Prometheus Books, 2006 ; Susan Haack, « Pragmatism, Law, and Morality » in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, vol. 1, III-2, 2011. En ligne : <http://journals.openedition.org/ejpap/821> (consulté le 09/06/2022).

¹⁴¹ L'intérêt est réciproque, Holmes est notamment très impressionné par *Nature et Expérience* qui paraît en 1929. Voir sur ce point Liora Israël et Jean Grosdidier, « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », in *Tracés*, Revue de Sciences Humaines, n°27, 2014, p. 165.

¹⁴² John Dewey, « Logical Method and Law », in *The Philosophical Review*, vol. 33, n°6, 1924.

¹⁴³ John Dewey, « My Philosophy of Law », *My Philosophy of Law. Credo of Sixteen American Scholars*, Julius Rosenthal Law Foundation, Boston, Boston Law Books, 1941.

¹⁴⁴ Liora Israël et Jean Grosdidier, « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *art. cit.*, p. 165.

application »¹⁴⁵. Cette conception de Dewey n'est pas un simple parti-pris sur le droit, mais résulte plus profondément de sa conception philosophique.

Comme nous l'avons déjà plus longuement développé ailleurs¹⁴⁶, pour Dewey, la philosophie n'a de sens qu'à être pratique et de part en part tournée vers l'expérience. L'expérience est un concept central chez Dewey et c'est en rapport avec elle qu'il faut entendre sa philosophie comme un pragmatisme. « L'expérience désigne pour lui un processus d'interaction ou de transaction entre un organisme et son environnement (et non un épisode mental) »¹⁴⁷. Ce processus expérientiel est nécessaire dans la mesure où l'homme, par nature, ne se satisfait pas du donné naturel mais invente et construit en grande partie ses propres conditions d'existence. Par ailleurs, l'environnement des êtres humains est toujours aussi un environnement social, de sorte que le social constitue « le point de départ obligé, la catégorie de base »¹⁴⁸ à partir de laquelle penser. L'être humain est en interaction constante avec ses semblables et son milieu, de sorte que ses actions exercent une influence sur le monde social et naturel autant qu'il l'influence en retour. Ainsi, la philosophie de Dewey est toujours aussi une philosophie sociale. Cette dernière s'effectue selon une méthode en trois moments : diagnostique, étiologique et thérapeutique. Il s'agit dans un premier temps d'identifier les problèmes sociaux auxquels les hommes sont confrontés, de les nommer et d'en faire la description, pour ensuite remonter aux causes qui en sont à l'origine pour enfin proposer des solutions à même de surmonter les problèmes initialement relevés. Dewey le formule clairement en affirmant que « la philosophie doit avec le temps devenir une méthode de localisation et d'interprétation des conflits les plus sérieux qui se produisent dans la vie ainsi qu'une méthode permettant de projeter des manières d'y faire face : une méthode de diagnostics et de pronostics moraux et politiques » ; il ajoute un peu plus loin qu'elle doit « se soumettre à une mise à l'épreuve en se rendant attentive à la manière dont les idées qu'elle propose fonctionnent dans la pratique »¹⁴⁹.

Sans que cela soit aussi clairement théorisé chez les réalistes, on retrouve dans leur approche du droit ces trois phases que sont le diagnostic, l'étiologie et le pronostic. En effet, on peut associer la phase diagnostique à l'étape sceptique du réalisme, qui consiste à observer que les raisons

¹⁴⁵ John Dewey, « My Philosophy of Law », *art. cit.*, p. 117 : « law is through and through a social phenomenon ; social in origin, in purpose or end, and in application ».

¹⁴⁶ Lucie Chataigné Pouteyo, « John Dewey (1859-1952) : Philosophie sociale, droit et éducation », in *Histoires et définitions de la philosophie sociale*, dir. Éric Dufour, Franck Fischbach et Emmanuel Renault, Grenoble, Vrin - Recherches sur la philosophie et le langage, n°28, 2013, p. 175-192.

¹⁴⁷ « Avertissement sur la traduction », in John Dewey, *L'influence de Darwin sur la philosophie et autres essais de philosophie contemporaine* (1910), trad. Lucie Chataigné-Pouteyo, Claude Gautier, Stéphane Madelrieux et Emmanuel Renault, dir. Claude Gautier et Stéphane Madelrieux, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2016, p. 11.

¹⁴⁸ John Dewey, *Reconstruction en philosophie* (1921), in *Œuvres philosophiques I*, trad. Patrick Di Mascio, Pau / Tours / Paris, Publications de l'Université de Pau / Farrago / Léo Scheer, 2003, p. 93.

¹⁴⁹ John Dewey, *L'influence de Darwin sur la philosophie*, *op. cit.*, p. 32-33.

juridiques ne suffisent pas à elles seules à rendre compte des jugements judiciaires et qu'il nous faudrait être plus performants quant à notre connaissance en matière de règlement des litiges en droit et quant à notre capacité à pouvoir en prédire l'issue. On peut ensuite appeler phase étiologique l'étape qui consiste à déterminer les causes, juridiques et non-juridiques, du jugement judiciaire, de manière à produire une explication complète de ce dernier. On peut enfin retrouver chez les réalistes une même phase thérapeutique et pronostique, d'une part dans la volonté de faire en sorte que le droit soit adapté à la société, ce qui nécessite des réajustements constants dans la manière d'utiliser et d'appliquer les outils juridiques, et d'autre part dans leur exigence de prédiction, selon laquelle la théorie du jugement judiciaire doit offrir aux citoyens la possibilité d'anticiper les jugements qui seront rendus par les autorités judiciaires.

Dewey a le souci constant de maintenir la philosophie dans la sphère pratique et donc dans une constante mise à l'épreuve des faits. Cette préoccupation est redoublée par la visée progressiste et mélioriste qu'il défend et qui consiste à mettre la philosophie au service d'une amélioration des conditions d'existence des individus. On ne s'étonne alors pas que le droit soit pour lui un enjeu fondamental. Car il est probablement l'outil social le plus à même de modifier, d'encadrer et de perfectionner l'expérience globale des individus. En effet, il décrit le droit comme une institution dont l'objectif est de canaliser les actions et interactions des individus. Le verbe « canaliser » n'est pas innocent puisque Dewey emploie souvent la métaphore du cours d'un fleuve ou d'une rivière pour rendre compte des rapports entre le droit et les individus :

« Les règles de droit sont en fait l'institution des conditions dans lesquelles les personnes prennent des dispositions les unes avec les autres. Elles sont des structures qui canalisent l'action ; elles ne sont des forces actives que comme le sont les rives qui confinent l'écoulement d'un cours d'eau, et ne sont des commandements qu'au sens où les rives commandent au courant. »¹⁵⁰

Ainsi les règles de droit ne doivent pas être pensées comme des principes ou des normes fixes et immuables qui transcenderaient les individus. Elles sont bien plutôt une émanation de leurs conduites en même temps qu'un encadrement de ces dernières. Elles fixent des conditions – ce qu'il faut faire pour qu'un contrat ait effectivement lieu ou pour qu'il soit invalidé par exemple – qui, suivant la manière dont elles sont remplies ou non, engendrent et prévoient des conséquences. Règles de droit et actions humaines s'ajustent et se définissent dès lors mutuellement et de manière constante. Dewey ajoute :

« Les conditions sont posées en référence aux conséquences qui peuvent être subies si elles sont enfreintes ou transgressées. De la même manière, nous pouvons énoncer les résultats indésirables qui se produiront si un cours d'eau sort de son lit ; si le cours d'eau

¹⁵⁰ John Dewey, *Le public et ses problèmes* (1927), trad. Joëlle Zask, Paris, Gallimard, « Folio essais », 2010, p. 138. On retrouve la même image dans « Logical Method and Law », *op. cit.*

était capable de prévoir ces conséquences, et d'utiliser cette prévision pour diriger son comportement, au sens métaphorique nous pourrions voir dans les berges une prohibition. »¹⁵¹

En définissant ainsi le droit, Dewey remet donc nettement en cause les théories du droit qui ancreraient le droit dans une nature extérieure à l'homme ou dans une logique formaliste qui s'exercerait *a priori* et indépendamment des faits. Pour lui, le droit et la logique sont indubitablement connectés, tout comme le pensait Holmes, mais à condition de penser la logique à l'œuvre comme un outil pour prédire les conséquences des actions plutôt que comme un syllogisme infailible. Ainsi, dans « Logical Method and Law », s'il souligne l'importance d'asseoir le droit sur une logique formelle et presque mécanique pour assurer la régularité et la stabilité des décisions judiciaires, il souligne également la nécessité qu'il y a à ne pas confondre la certitude théorique et la certitude pratique. Il ne faut pas confondre l'idée que les décisions judiciaires doivent avoir le maximum de régularité possible – pour permettre aux citoyens de prévoir les conséquences de leurs actions – avec l'exigence pratique absurde qui consisterait à demander que toutes les décisions judiciaires soient prises en rapport avec des concepts préétablis, en respectant une pure nécessité logique. On retrouve ainsi chez Dewey la même idée que chez Holmes : le droit a bien sûr à voir avec la logique, et il faut qu'il ait à voir avec elle le plus possible mais cela ne doit pas masquer le fait que le droit a également beaucoup à voir avec l'expérience, la vie et le changement, et que ceux-ci ne répondent pas à une logique purement formelle, mais plutôt à une logique de l'enquête, qui s'interroge, de manière conséquentialiste, sur les résultats de nos actions. Lorsque Dewey affirme que le « "le droit" formule les conséquences lointaines et à long terme »¹⁵², cela rejoint également l'idée de Holmes selon laquelle il faut davantage regarder du côté de ce que feront les tribunaux – du côté des conclusions, des conséquences – plutôt que du côté des principes, si l'on veut réellement comprendre ce qu'est le droit. Le droit, chez Dewey comme chez Holmes, est donc bien pensé comme un outil de réforme sociale qui utilise la logique non pas pour arrêter ou fixer les usages sociaux, mais pour les informer et les transformer de manière prévisible, dans le sens d'une amélioration des conditions de vie des individus. Dans la lignée de Holmes, Dewey écrit ainsi en conclusion de « Logical Method and Law » :

« Je n'hésiterai donc pas à affirmer que le fait de sanctifier des principes, d'en faire des antécédents tout faits et universels, et de les utiliser comme méthodes de réflexion constitue l'obstacle majeur au genre de réflexion qui est au contraire prérequis pour conduire des réformes sociales stables, solides, intelligentes en général, et pour obtenir un progrès social par les moyens du droit en particulier. S'il en est bien ainsi,

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 139-140.

¹⁵² *Ibid.*, p. 140.

l'introduction dans le droit d'une logique plus expérimentale et plus souple répond à un besoin autant social qu'intellectuel. »¹⁵³

Là encore, la manière dont Dewey envisage le droit, et dont on a vu qu'elle s'inspirait de Holmes, est tout à fait en accord d'une part avec l'exigence de prédiction que formulent les réalistes pour leur théorie du jugement judiciaire, et d'autre part avec leur exigence d'adaptabilité du droit à la société qu'il régit. Plus encore, il semble que la philosophie de Dewey donne un sens et une raison profonde à la volonté des réalistes d'élaborer une théorie prédictive du jugement judiciaire. Il ne s'agit pas seulement pour eux, comme le dit B. Leiter, de faire en sorte que leur théorie du jugement judiciaire ait une valeur pragmatique – simplement prédire les décisions judiciaires. De manière beaucoup plus essentielle, il s'agit de penser la théorie du droit et en particulier celle de la décision judiciaire comme un instrument permettant d'évaluer la convenance des pratiques juridiques à la société qu'elles ont pour mission de réguler et les éventuels ajustements à penser. La théorie du droit peut alors devenir un lieu de réflexion sur les transformations du droit qu'il faudrait conduire. Il existe en effet, dans la pensée réaliste, une relation de hiérarchie entre une société et son droit : ce dernier n'a de sens qu'à être à son service et à répondre à ses besoins. C'est toujours, comme chez Dewey, à l'aune de la catégorie de base qu'est le social, qu'il prend son sens. Car si, pour une société donnée, un système juridique peut être le garant d'une vie sociale paisible et riche d'interactions variées, et peut encadrer ses évolutions dans le sens d'une amélioration de la vie des individus, il peut aussi bien se retrouver être le principal obstacle à l'épanouissement de celle-ci en freinant voire en interdisant tout progrès. C'est pourquoi il est nécessaire, et c'est la démarche même des réalistes que l'on décrit alors, de penser le droit en mouvement, c'est-à-dire non pas comme un ensemble de normes édictées une fois pour toutes et qui vaudrait à jamais, mais comme un instrument dont le seul but est d'assurer le bon fonctionnement de la vie sociale, et qui doit sans cesse être réévalué, réajusté et repensé.

Le lien entre la pensée de Holmes et le pragmatisme de Dewey ne fait donc pas de mystère, et paraît clairement établi. Mais si l'on en restait là, on ne pourrait faire état que d'une influence diffuse entre réalisme juridique et pragmatisme, par le biais de la *Sociological Jurisprudence*. Or, cette influence existe également de manière directe entre Dewey et Llewellyn. Ce dernier étant le seul qui ait vraiment revendiqué l'étiquette de réaliste, il paraît important de donner quelques faits en attestant.

¹⁵³ « I should indeed not hesitate to assert that the sanctification of ready-made antecedent universal principles as methods of thinking is the chief obstacle to the kind of thinking which is the indispensable prerequisite of steady, secure and intelligent social reforms in general, and social advance by means of law in particular. If this be so, infiltration into law of a more experimental and flexible logic is a social as well as an intellectual need. », John Dewey, « Logical Method and Law », *op. cit.*, p. 77.

b. Dewey et Llewellyn

W. Twining, dans son histoire du réalisme juridique américain au prisme du personnage de Llewellyn, le souligne d'emblée : l'une des influences les plus importantes sur la pensée réaliste est le pragmatisme. Il s'appuie notamment sur l'étude célèbre de Morton White sur la pensée américaine¹⁵⁴ pour l'affirmer. À l'instar de White, il inscrit les réalistes dans le mouvement de la pensée sociale américaine qui comprend des grands penseurs tels que « John Dewey et les pragmatistes en philosophie, Charles Beard et J. H. Robinson en histoire, l'économiste et satiriste Thorstein Veblen, et le Juge Holmes en théorie du droit » et précise que ces figures influentes « constituent toutes une part essentielle de l'arrière-plan intellectuel du réalisme juridique américain »¹⁵⁵. Il explicite les positions majeures tenues par ces penseurs – principalement un anti-formalisme, un rejet du primat de la logique déductive, un attrait pour les sciences et un refus des frontières artificielles entre les différentes disciplines scientifiques – et souligne leurs accointances avec le pragmatisme.

Par ailleurs, Llewellyn a été le collègue de Dewey à l'Université de Columbia pendant plusieurs années, entre 1924 et 1930¹⁵⁶, et il participait par exemple parfois aux séances de séminaire de la faculté de droit organisées par Dewey et Edwin Patterson. Il vouait à Dewey une grande admiration comme en témoigne ce passage de W. Twining où il cite des propos de Llewellyn, issus d'archives, qui éclairent assez bien la relation qu'il entretenait à l'égard de celui qui apparaît pour lui comme un véritable maître à penser :

« Llewellyn avait de la sympathie pour de nombreuses idées de Dewey, mais il ne se voyait pas lui-même comme un “deweyien” en logique et en philosophie et déplorait certains excès des disciples de Dewey dans le domaine de l'éducation. Comme pour Holmes, l'admiration de Llewellyn pour Dewey était tout autant personnelle qu'intellectuelle : “Depuis Thomas Jefferson ou Benjamin Franklin personne n'a su avoir ce regard doux, enfantin et ouvert qui seul permet de voir les choses à neuf et que seul Dewey avait” [...]. La méthode de Dewey correspondait exactement à la conception que Llewellyn se faisait du réalisme : “sa méthode pour traiter les problèmes est et restera la meilleure et la plus utile des méthodes : voir les choses sous un angle neuf, chercher à voir ce qui est sous nos yeux et de quoi il retourne, et re-poser nos questions dans ces termes”. [...] L'ambition secrète de Llewellyn, comme il l'a confessé un jour lors d'une conférence, était de devenir le Dewey de la théorie du droit, en essayant de faire pour le

¹⁵⁴ Morton Gabriel White, *Social Thought in America : The Revolt Against Formalism*, New York, Viking, 1949.

¹⁵⁵ « John Dewey and the pragmatists in philosophy, Charles Beard and J. H. Robinson in history, Thorstein Veblen the economist and satirist, and Mr Justice Holmes in jurisprudence [...] are all an essential part of the background of American legal realism. », William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*, p. 8-9.

¹⁵⁶ Llewellyn arrive à Columbia en 1924 et y enseigne jusqu'en 1951, tandis que John Dewey y enseignait déjà depuis 1905 et la quitte en 1930.

droit ce que ce grand homme avait fait pour d'autres sujets. Le compliment le plus plaisant que l'on pouvait faire à Llewellyn était de le comparer à Dewey. »¹⁵⁷

Ce pas de côté pour voir les choses sous un angle neuf, cette capacité à renverser les perspectives, Llewellyn en a lui-même fait montre dans ses propres écrits. Il suffit pour s'en convaincre de citer ne serait-ce que deux de ses ouvrages : *The Bramble Bush*¹⁵⁸, bien sûr, qui est devenu, très vite après sa parution, une sorte de bible de l'étudiant en droit, dont toute la critique a loué la fraîcheur, la nouveauté, la pertinence comme aussi l'impertinence, ainsi que la faculté à stimuler la réflexion. Il a été et demeure un classique pour l'étudiant en droit en faculté de *Common Law*. Il s'agit d'un ouvrage d'introduction non seulement au droit, mais à son étude, aux spécificités du raisonnement juridique et surtout à la pratique du droit, qui délivre nombre de conseils et de méthodes. On peut également penser à *La voie Cheyenne*¹⁵⁹, co-écrit avec E. Adamson Hoebel, salué à sa sortie par de grands noms tels que Malinowski ou encore Lévi-Strauss qui y voit pour sa part un véritable événement pour les sciences humaines par l'alliance inédite du droit et de l'anthropologie qu'il propose. Cette étude révolutionne en effet les manières de voir le droit, tant dans les méthodes – et notamment l'ouverture du droit à une science telle que l'anthropologie – que dans le matériau : qui était prêt à voir dans la société cheyenne, sans écriture, un véritable système juridique fondé sur une tradition orale et qui pourrait avoir des points communs avec la tradition juridique américaine ?¹⁶⁰

Cet immense respect à l'égard de la pensée et de la personne de Dewey n'empêchait pas Llewellyn de prendre malgré tout ses distances sur certains points, en particulier concernant l'approche de Dewey du droit. Il lui reproche, à la différence des autres domaines dans lesquels il lui semble avoir tant apporté et tant renouvelé l'approche, de ne pas avoir réussi à appliquer sa fraîcheur d'esprit et son regard neuf aux questions juridiques et d'être resté enfermé dans des considérations trop abstraites et trop générales, lui faisant manquer les phénomènes juridiques réels. On trouve ce

¹⁵⁷ « Llewellyn was sympathetic with many of Dewey's ideas, but he did not look on himself as a "deweyian" in logic and philosophy and he deplored some of the excesses of Dewey's disciples in the field of education. As with Holmes, Llewellyn's admiration for Dewey was as much personal as intellectual : "Since Thomas Jefferson or Benjamin Franklin there has been nobody with the sweet, childlike, open eye to see things fresh that Dewey had" (lecture, 31 March 1959, K.L.P.C., series P, 29). Dewey's method corresponded exactly with Llewellyn's conception of realism : "his method of dealing with problems is still and will always be the great and needed method : take a fresh look, look to see what is there, and what it is about, and re-pose your issues in those terms (MS, "John Dewey and our Law", 4, K.L.P.B., III, 14 (1949)). Llewellyn's private ambition, as he once confessed in a lecture, was to perform the role of a Dewey in jurisprudence, trying to do for law the great man had done for other subjects. The most pleasing compliment that could be paid to Llewellyn was to compare him to John Dewey. », William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, op. cit., p. 478-479.

¹⁵⁸ Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, op. cit.

¹⁵⁹ Karl N. Llewellyn, *La voie Cheyenne* (1941), traduction de Louis Assier-Andrieu, Paris, LGDJ, 1999.

¹⁶⁰ On peut lire, sur ce point, la très éclairante introduction de Louis Assier-Andrieu au texte de Llewellyn, p. VII-XXIX.

reproche dans un manuscrit non publié de Llewellyn, intitulé « *John Dewey and Our Law* » dont W. Twining reproduit des passages dans son ouvrage.

Tous ces éléments contextuels permettent d'attester d'un véritable lien entre pragmatisme et réalisme juridique américain, et de comprendre que le premier nourrit de manière fondamentale la pensée des juristes de ce mouvement. On peut ainsi souligner dans l'œuvre de Llewellyn quelques traits saillants qui renvoient sans aucun doute à son assimilation de la pensée de Holmes et de Dewey.

2. Des thèses et positions communes

Dans leur ensemble les réalistes américains ont très fortement insisté sur l'idée qu'il faut, pour la théorie juridique, accorder une primauté à l'examen de la vie sociale et des logiques – notamment économiques, politiques, morales – qui la traversent, parce qu'elles sont connectées au droit et à l'activité judiciaire d'une manière essentielle. Le droit n'est pas pensé comme une sphère autonome, mais au contraire comme un outil au service de la vie sociale. B. Tamanaha le souligne par exemple en disant que pour eux « le droit a été et doit toujours être réceptif à, inspiré par, perméable à la morale et à la politique produites par la société, et attentif aux objectifs et aux besoins de la société »¹⁶¹. On trouve de manière tout à fait explicite ce type de perspective chez Llewellyn, et pour ne prendre que cet exemple, on peut citer ce passage de *The Bramble Bush* :

« C'est la société et non les tribunaux qui donnent naissance et façonnent en premier lieu les institutions émergentes, et qui incitent les tribunaux à l'action. C'est seulement par l'observation de la société que les tribunaux sont en mesure de se construire une notion des besoins qu'une nouvelle institution sert, des besoins qu'elle déçoit. Pour une part, les tribunaux regardent directement du côté de la société. Pour une autre part ils regardent du côté du stock issu de l'activité qu'ils ont eux-mêmes eue par le passé dans des occasions similaires, c'est-à-dire, du côté des "manières" existantes de faire du droit. De toute façon, si les besoins se font pressants et récurrents, tôt ou tard, ils seront reconnus dans le droit. Soit ils pousseront les tribunaux à sortir des sentiers battus et à se départir des anciens modèles, soit on trouvera derrière le bar un moyen de mettre du vin nouveau dans de vieilles bouteilles et on ajoutera dans ces bouteilles cette élasticité et cette plasticité qui, sur le long terme, est la marque des institutions sociales. »¹⁶²

¹⁶¹ « law was and ever must be receptive to, infused by, and permeable to morality and politics produced by society, and attentive to the purposes and needs of society. », Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, op. cit., p. 87.

¹⁶² « It is society and not the courts which gives rise to, which shapes in the first instance the emerging institution ; which kicks the courts into action. It is only from observation of society that the courts can pick their notions of what needs the new institutions serves, what needs it baffles. Partly courts look directly at society. Partly they look at the deposit of their own work made in the past on similar occasions, that is, at the existing "ways" of law. In any event, if the needs press and recur, sooner or later recognition of them will work into the law. Either they will induce the courts to break through and depart from earlier molds, or the bar will find some way to put new wine into old bottles and to induce in the bottles that elasticity and change of shape which, in the long run marks all social institutions. », Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, op.cit., p. 60.

Pour Llewellyn, il ne fait donc aucun doute qu'il existe une influence et un lien réciproque entre le droit et la société. Il remarque même que bien souvent, les changements sociaux se font plus rapidement que dans le droit et que ce dernier enregistre comme après coup les évolutions qu'ils accompagne pourtant. Cela signifie qu'il y a toujours une portion du droit qui, potentiellement nécessite d'être réexaminée et révisée, dans le but de veiller à l'adéquation du droit à la société. C'est en ce sens que dans « Some Realism About Realism », Llewellyn décrit sa vision du droit comme « la conception d'un droit pris dans un flux, d'un droit en mouvement », et comme « la conception d'un droit comme moyen pour servir des fins sociales et non comme une fin en soi, de sorte que chacune de ses parties doit constamment être examinée quant à son objectif et à son effet, et doit être jugée à la lumière de ces deux éléments et de la relation qui les unit »¹⁶³. Ce genre de formulation fait immédiatement écho à la métaphore du droit comme fleuve que nous avons commentée chez Dewey et qui pense le rapport entre le droit et la vie sociale comme le résultat d'une interaction constante – donc d'une expérience – entre des pratiques juridiques et des comportements sociaux qui ne cessent de se redéfinir mutuellement.

On voit que ce lien que défend Llewellyn entre le droit et la société peut être défini comme un lien de type pragmatiste. Il ne s'agit en effet pas d'un pur utilitarisme où il serait seulement question pour le droit de servir ou d'être utile à quelque chose. C'est en un sens bien plus riche qu'il existe un lien entre droit et société. Pour lui, le droit en tant qu'institution ou ensemble d'institutions, œuvre à la constitution, à la permanence en même temps qu'à l'évolution de la vie sociale et doit être pensé, modifié et évalué en fonction de sa capacité à servir des fins sociales, telles que la justice, la paix sociale, la liberté, etc. Là encore, on peut facilement établir un lien avec le *credo* pragmatiste, qui énonce de manière plus générale – c'est-à-dire non restreinte aux seules institutions juridiques –, que les institutions et les dispositifs sociaux dans leur ensemble doivent être évalués en fonction de leurs capacités à permettre un plein développement des individus, à favoriser leur éducation tout au long de leur vie, à libérer et à actualiser pleinement leurs pouvoirs, et que cette évaluation des institutions se fait en fonction des conséquences, favorables ou défavorables, qu'elles ont sur les individus. Ainsi Dewey écrit-il par exemple dans *Reconstruction en philosophie* :

« Qu'elle soit politique, économique, artistique ou religieuse, toute institution sociale a un sens et un but : libérer et développer les capacités de l'individu quels que soient sa race, son sexe, sa classe et son statut économique. Cela revient à dire que l'institution n'a de valeur qu'en tant qu'elle éduque l'individu et lui permet d'actualiser pleinement ses capacités. On peut définir la démocratie de bien des façons, mais du point de vue moral, l'exigence démocratique consiste à juger institutions publiques et organisations

¹⁶³ « the conception of law in flux, of moving law », « the conception of law as a means to social ends and not as an end in itself, so that any part needs constantly to be examined for its purpose, and for its effect, and to be judged in light of both and of their relation to each other. », Karl N. Llewellyn, « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », *art. cit.*, p. 1236.

industrielles en fonction de leur contribution au développement général de chacun des membres de la société. »¹⁶⁴

Dans ce passage, Dewey articule la question du sens et des fins poursuivies par les institutions à celles de l'éducation et de la démocratie. L'une ne va pas sans les autres. En effet, si les institutions, juridiques par exemple, ont vocation à être des outils que les individus et les communautés utilisent pour participer à la vie sociale et œuvrer à son développement, encore faut-il pour cela que ces individus et communautés en aient une réelle compréhension et aient appris à en faire un usage efficace. Si les individus n'ont pas une connaissance suffisante de ces institutions, de leur rôle, des possibilités concrètes qu'elles ouvrent, comment peuvent-ils librement s'en saisir et œuvrer à les faire évoluer s'ils en éprouvent le besoin ? Nous avons montré ailleurs ¹⁶⁵ comment, chez Dewey, l'école et l'éducation en général jouaient un rôle capital pour l'élaboration de la vie sociale et démocratique. C'est notamment dans l'article « Morale et éducation »¹⁶⁶, qui date de 1897, que Dewey fixe les objectifs de l'école. Il s'agit selon lui de développer : l'intelligence sociale de l'enfant, c'est-à-dire sa capacité à comprendre les situations sociales ; son pouvoir social, c'est-à-dire ses possibilités d'action sur le monde social ; et enfin son intérêt social, autrement dit, la croyance dans l'idée qu'il a un rôle à jouer dans la vie sociale. L'éducation est donc le fondement même de toute vie sociale et démocratique épanouie. Cela explique le fait que Dewey se soit autant consacré aux questions éducatives en générales, et plus particulièrement pédagogiques, car une philosophie sociale qui ne s'inquiéterait pas de ces questions au premier chef n'aurait de social que le nom. On a vu que cet intérêt pour la pédagogie et l'éducation juridique était également présent chez les réalistes, qui ont toujours eu le souci de construire en parallèle de leur programme de recherche novateur en droit un programme d'enseignement qui s'y accorde. L'ouvrage de Llewellyn, *The Bramble Bush*, en est un exemple patent. La finalité de son ouvrage est d'attirer l'œil du jeune étudiant en droit sur les questions essentielles avec lesquelles il sera confronté, d'orienter sa manière d'apprendre le droit, et bien évidemment d'y défendre les grandes lignes de la pensée réaliste concernant le droit et la manière dont il doit être enseigné : se préoccuper non pas seulement de ce que les juges disent faire, mais de ce qu'ils font, comprendre que le droit n'est pas seulement un système de lois mais qu'il « fait partie de notre environnement, comme le temps qu'il fait ou le système des partis »¹⁶⁷ et donc considérer toujours le droit dans sa dimension sociale. Dans les remerciements qu'il adresse au début de son manuel, il est intéressant de noter qu'il cite à deux reprises Dewey. Il souligne d'abord que l'approche

¹⁶⁴ John Dewey, *Reconstruction en philosophie*, op. cit., p. 154-155.

¹⁶⁵ Lucie Chataigné Pouteyo, « John Dewey (1859-1952) : Philosophie sociale, droit et éducation », art. cit., p. 186-192.

¹⁶⁶ John Dewey, *L'école et l'enfant*, trad. L. S. Pidoux, révisée par G. Deledalle, Paris, Fabert, 2004.

¹⁶⁷ « [...] the law as part of your environment, like the weather, or the party system », Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, op.cit., p. 15.

du droit qui y est conduite se fonde principalement sur Holmes, Weber, les réalistes de son temps (Corbin, Cook, Oliphant, Moore, Frank) et sur le travail de Dewey, et spécifie ensuite que :

« l'approche de l'éducation renvoie par essence, je crois, à John Dewey ; il en va de même pour le fait de mettre l'accent sur les effets que cela provoque dans la vie et de centrer notre étude dessus, même si ma pensée porte de manière plus immédiate la marque des hommes nommés ci-dessus. »¹⁶⁸

Ainsi, que ce soit pour sa conception du droit ou pour sa conception de l'éducation, Llewellyn reconnaît une dette importante à l'égard de la pensée de Dewey, qu'il semble considérer comme un embasement de sa propre réflexion.

On repère enfin une proximité entre le pragmatisme de Dewey et le réalisme de Llewellyn dans la conviction qui leur est commune qu'il faut transcender les frontières disciplinaires et les objets de recherche tels qu'ils sont classiquement définis. En effet, dès lors que l'on relie le droit au social, on le réarrime avec l'existence humaine dans toute sa richesse et sa variété. Le droit s'offre ainsi dans sa dimension politique, morale, psychologique, économique, historique, anthropologique, religieuse, et peut-être même artistique. C'est l'un des traits de la philosophie de Dewey de vouloir surmonter les clivages et les oppositions entre concepts, traditions ou courants qui selon lui, par leur fixité et leur nécessaire étroitesse, ont été les ennemis de la pensée et du progrès. Dans *Reconstruction en philosophie*, il fustige l'opposition entre empirisme et rationalisme, qu'il fait remonter aux oppositions entre théorie et pratique, entre monde intelligible et monde sensible et entre homme libre et esclave qui caractérisent la majeure partie de la philosophie grecque de l'Antiquité :

« Le monde moderne a souffert parce que [...] la philosophie ne lui a offert qu'un choix arbitraire entre des positions diamétralement opposées : l'analyse, qui désintègre, ou la synthèse qui rigidifie, le radicalisme total qui néglige et attaque un passé historique tenu pour négligeable et néfaste, ou un conservatisme intégral qui voit dans les institutions des manifestations de la raison éternelle, une atomisation de l'expérience en éléments qui ne donnent pas prise à une organisation stable ou une mise au pas de l'expérience par des catégories fixes et des concepts nécessaires. Telles sont les alternatives que des écoles concurrentes ont proposées. »¹⁶⁹

Contre ces choix biaisés par avance « entre une expérience appauvrie et abâtardie d'une part, et une raison artificielle et impuissante d'autre part », Dewey propose d'opérer une reconstruction qui « déterminerait les conditions nécessaires à une interaction efficace des expériences du passé sur lesquelles on peut s'appuyer et des ressources d'une intelligence tournée vers l'avenir » et qui donnerait la possibilité « aux hommes de faire droit à la raison sans pour autant s'abandonner au culte stérile d'une autorité méta-empirique ou à une indéfendable "rationalisation" des choses telles

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. XXXVI-XXXVII.

¹⁶⁹ John Dewey, *Reconstruction en philosophie*, op. cit., p. 101.

qu'elles sont »¹⁷⁰. On retrouve ce même genre d'accent chez Llewellyn lorsqu'il explique par exemple que le droit doit être en partie tourné vers le monde tel qu'il est et en tenir compte, et en partie tourné vers lui-même et donc vers l'ensemble des décisions qui ont été prises par le passé et qui constitue l'une des sources les plus importantes du droit, en plus de la doctrine juridique et des textes de droit initiaux¹⁷¹. On retrouve également chez tous les réalistes cette volonté d'aller chercher en dehors du droit des cadres explicatifs, que ce soit dans la psychologie, dans la sociologie, dans l'anthropologie, ou encore dans l'économie et les sciences politiques pour ne citer que ces domaines. On songe bien entendu à la « révolte contre le formalisme »¹⁷² que sonnent les réalistes et qui refusent d'enfermer le droit dans une analyse purement abstraite, théorique et logique du droit. Comme Holmes le préconise dans *The Path of the Law*, et comme Dewey lui-même le rappelle en introduction de *Reconstruction en philosophie*, il ne s'agit dans cette révolte ni de se jeter à corps perdu dans la pratique en oubliant toute théorie, ni de se réfugier dans la théorie en s'éloignant toujours plus des pratiques réelles, mais de surmonter cette opposition mortifère entre théorie et pratique en se souvenant que les théories sont les choses les plus pratiques qui soient et que contrairement à ce que nous pourrions penser : « nous n'avons pas assez de théorie dans le droit et non pas trop »¹⁷³.

Dès lors, si l'on suit les réalistes, il faudrait essayer, en droit comme ailleurs, de surmonter les oppositions stériles plutôt que de les reconduire, trouver des passerelles, des alliances, des modes de pensée moins binaires et plus souples. C'est ce vœu que W. Twining souhaite réaliser dans son ouvrage sur le réalisme, et c'est aussi ce qu'il loue dans la démarche de B. Leiter. En effet, W. Twining termine l'introduction de 1971 de son ouvrage avec ces mots, qui concernent les travaux qui paraissent en théorie du droit :

« J'ai tout particulièrement le souci d'essayer de rompre avec les pires aspects de la tradition littéraire dans ce domaine et de combler le fossé entre les mondes de l'approche analytique anglaise et de l'approche sociologique américaine, qui peuvent être complémentaires et pas forcément polémiques. »¹⁷⁴

Il y a vraiment chez lui l'idée de ne pas succomber à la tentation, toujours rassurante pourtant, de rallier un camp. L'approche analytique contre l'approche sociologique, la théorie contre la pratique, la logique contre l'expérience. Il refuse, dans sa manière de rendre compte des réalistes américains et

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 102.

¹⁷¹ Voir Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, *op.cit.*, p. 60, passage déjà cité à la note 169.

¹⁷² On reprend ici l'expression présente dans le titre de l'ouvrage déjà cité de Morton Gabriel White, *Social Thought in America : The Revolt Against Formalism*, *op. cit.*

¹⁷³ Oliver W. Holmes, « The Path of the Law », *art. cit.*, § 121.

¹⁷⁴ « I am particularly concerned to try to break away from some of the worst aspects of its literary tradition and to try to bridge the gap between the complementary and unnecessarily polemical worlds of the English analytical and American sociological approaches. », William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*, p. XXVIII.

de Llewellyn en particulier, de réduire leur pensée à l'émergence d'un courant qui en critique un autre – notamment le formalisme. On a souvent accusé les réalistes d'être des penseurs de piètre qualité, qui collectionnaient les erreurs de jugements et qui, philosophiquement, manquaient de profondeur. Or leur pensée, à l'examen, apparaît bien plus complexe et pertinente que cela. C'est pour cela que W. Twining se réjouit des travaux de B. Leiter qui redonnent enfin au mouvement réaliste la place qu'il aurait dû avoir dans l'histoire de la théorie du droit américaine :

« L'ouvrage de Leiter est une tentative bienvenue pour combler l'écart, devenu un gouffre, entre la philosophie du droit analytique récente, qui s'intéresse à l'analyse *a priori* de concepts abstraits, et les études juridiques empiriques. Je partage avec Leiter l'idée qu'il existe une continuité entre les enquêtes analytiques et empiriques et il est revigorant de trouver un philosophe qui prend au sérieux l'idée de réalisme juridique. »¹⁷⁵

Ce qui l'intéresse également, c'est le fait qu'il allie la méthode analytique voire la sophistication théorique avec un intérêt pour les études empiriques. Il ne commente pas vraiment son projet de lecture naturaliste, si ce n'est pour remarquer que c'est un échafaudage bien imposant pour une idée bien simple : c'est pour lui l'évidence qu'il faut renouer les fils qui unissent la clarification conceptuelle et l'enquête empirique.

Cependant, on peut se poser la question : B. Leiter cherche-t-il vraiment à retisser les liens entre les deux en œuvrant à un projet naturaliste ? Souvenons-nous que le projet qu'il décrit est celui d'un naturalisme substitutif au sens où Quine l'a décrit, qui mécaniquement conduit à abandonner la possibilité de développer de manière indépendante l'analyse philosophique et à absorber cette dernière dans la science empirique. Absorber l'une par l'autre n'est ni maintenir une continuité, ni construire un pont, ni entretenir des relations de complémentarité entre ces deux types d'approches. En outre, est-ce véritablement du côté d'un naturalisme que les réalistes penchent ? On a montré que le pragmatisme constituait pour eux un arrière-plan philosophique plus prégnant peut-être que le naturalisme. Mais on pourrait objecter que le pragmatisme de Dewey est aussi un naturalisme, et l'on aurait raison. Seulement, on voit bien aussi que le naturalisme tel que le défend Dewey n'a pas grand-chose à voir avec celui de Quine, dont Leiter s'inspire. L. Quéré résume très clairement les choses en rappelant que l'on peut être naturaliste de plusieurs manières et en soulignant que ces manières sont parfois tout à fait incompatibles :

« On peut l'être à la manière, cartésienne et matérialiste, de nombre de philosophes de l'esprit contemporains, mais on peut aussi l'être à la manière, anti-cartésienne et intentionnaliste, des pragmatistes américains de la première moitié du XX^e siècle,

¹⁷⁵ « Leiter's work is a welcome attempt to bridge the divide, which has grown to a chasm, between recent analytical legal philosophy concerned with a priori analysis of abstract concepts and empirical legal studies. I share with Leiter the view that there is continuity between analytical and empirical enquiries and it is refreshing to find a philosopher taking the idea of legal realism seriously. », *ibid.*, p. 432.

instruits par la sémiotique de Peirce. Par exemple, pour J. Dewey et G. H. Mead, être naturaliste, c'est s'efforcer de remettre l'esprit, la pensée et la signification dans la nature, dont ils ont été indûment isolés par la philosophie moderne de la conscience. Mais cela n'implique pas de supprimer la différence catégorielle qui sépare l'environnement naturel de l'environnement culturel, ni de réduire "les traditions, les institutions, les coutumes, les intentions et les croyances", toutes choses constitutives d'un environnement culturel, à des états ou à des événements mentaux, ou à des processus cognitifs. »¹⁷⁶

Dewey affirme ainsi que sa méthode, la logique de l'enquête, relève d'un « naturalisme culturel »¹⁷⁷, qui ne peut pas être entendu selon lui au sens d'un naturalisme réductionniste. Il rappelle en effet les ambiguïtés du terme naturaliste, que l'on peut « interpréter comme impliquant que l'on réduit le comportement humain au comportement des singes, des amibes, des électrons et des protons ». Or ce n'est pas en ce sens qu'il l'utilise. Pour lui, être naturaliste signifie simplement que « l'homme est *naturellement* un être qui vit en association avec d'autres êtres dans des communautés possédant un langage, et par conséquent une culture transmise »¹⁷⁸. Et s'il y a continuité entre la nature et le monde culturel de l'homme, il ne faut pas oublier selon lui que « les opérations rationnelles prolongent les activités organiques sans avoir pour autant la même nature »¹⁷⁹. Autrement dit, l'esprit ne se réduit pas à des processus physico-chimiques.

Au contraire de la perspective voulue par les réalistes juridiques américains, le naturalisme que préconise B. Leiter penche sans doute trop vers un côté des sciences, celui des sciences naturelles, et pas assez du côté des sciences humaines. De plus, il souhaite pouvoir établir plus qu'une continuité entre ces deux types d'approches puisqu'il estime possible à terme de faire de la théorie du droit une théorie naturalisée, c'est-à-dire une théorie qui reposerait sur des sciences sociales elles-mêmes naturalisées, comme la psychologie ou la sociologie. Or, peut-on si facilement penser que ces sciences le sont d'ores et déjà ou le seront un jour ou l'autre ? Est-il si évident qu'elles doivent l'être ? La question n'est pas réglée, même si certains auteurs, dont B. Leiter, font comme si elle l'était.

¹⁷⁶ Louis Quéré, « Naturaliser le sens : une erreur de catégorie ? », *art. cit.*, p. 284.

¹⁷⁷ John Dewey, *Logique. La théorie de l'enquête* (1938), trad. Gérard Deledalle, Paris, PUF, 2006, p. 78.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 77.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 76.

VI. La naturalisation : symptôme et enjeu de l'opposition entre sciences de la nature et sciences humaines

La question du modèle de science sur lequel la théorie du droit devrait être naturalisée n'est pas tranchée. L'idée même que les sciences humaines et sociales peuvent et doivent s'inscrire dans un programme de naturalisation est une question qui n'est pas réglée. Au sujet de ce débat sur la naturalisation, le sociologue Louis Quéré observe ainsi que « ceux qui s'imaginaient que la querelle dite “des méthodes” en sciences sociales était derrière nous doivent se rendre à l'évidence qu'elle a encore de beaux jours devant elle »¹⁸⁰. En évoquant la querelle des méthodes ou *Methodenstreit*, L. Quéré renvoie vraisemblablement au conflit intellectuel qui oppose, dans les années 1880, Carl Menger (1840-1921), économiste fondateur de l'école autrichienne, à Gustav Schmoller (1838-1917) appartenant à l'école historique allemande. Loin d'être une simple querelle des méthodes, ou un combat d'ego, elle engage un questionnement sur la nature d'une science comme l'économie, ses méthodes, son rapport à d'autres domaines comme la politique, l'histoire et le droit notamment, et sa capacité à se constituer comme un champ de savoir autonome¹⁸¹. Toutefois, cette querelle des méthodes fait évidemment écho à la querelle plus vaste, contemporaine de la première, et dite « des deux sciences », que Wilhelm Dilthey identifie et discute dans son incontournable *Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes* parue en 1883. Il n'est pas anodin de repérer que l'ouvrage de Menger, *Recherches sur la méthode dans les sciences sociales et en économie politique en particulier*, lui est strictement contemporain puisqu'il paraît la même année et que l'un des textes principaux de Schmoller sur ce point, *Politique sociale et économie politique. Questions fondamentales*, paraît peu de temps après, en 1893.

Ce qui a lieu dans le domaine de l'économie et qui se passe également dans la théorie du droit, dès l'apparition des idées réalistes américaines, semble ainsi se produire aussi dans l'ensemble des sciences « humaines », dont la dénomination renvoie à un champ plus large que celui des sciences sociales. En effet, davantage qu'un simple écho, nous voudrions montrer que ces interrogations concernant les méthodes des sciences sociales et de la théorie du droit, de même que celles qui concernent la nature de ces sciences, s'enracinent plus fondamentalement dans le problème

¹⁸⁰ Louis Quéré, « Naturaliser le sens : une erreur de catégorie ? », in *Revue du MAUSS*, vol. n°17, n°1, 2001, p. 275.

¹⁸¹ Voir sur ce point les analyses de Mathieu Charbonneau, « Économie, droit et histoire : le *Methodenstreit*, plus qu'une “querelle des méthodes” », in *Revue Interventions économiques*, vol. 65, 2021. En ligne : <http://journals.openedition.org/interventionseconomiques/12083> (consulté le 16 06/2022). Il y retrace minutieusement les positions de Menger et Schmoller et montre que leurs oppositions renvoient à une réflexion plus large sur les méthodes et la nature des sciences sociales.

philosophique de la définition de la science. Au sein de cette vaste problématique, elles posent plus précisément la question de la possible distinction entre sciences de la nature et sciences humaines – nous reviendrons très précisément sur le sens de ces dénominations dans le chapitre suivant. La question de la naturalisation de la théorie du droit, ou d’une partie de celle-ci apparaît alors dans ce cadre comme le symptôme des conflits qui opposent sciences de la nature et sciences humaines. Elle constitue également un enjeu – scientifique, politique et idéologique – de taille. En effet, si naturaliser les sciences humaines ou certaines d’entre elles paraît possible et souhaitable, alors l’autonomie de celles-ci est remise en cause, de même que la fiabilité et la validité actuelle de leurs méthodes et de leurs résultats. En outre, la volonté d’aller vers une naturalisation, et la conviction que c’est ce qu’il faut faire, ou au contraire la répulsion à cet égard, semblent être plus ou moins clairement et consciemment liées à une certaine idée de l’homme, et conjointement à une certaine idée des procédures d’investigation scientifiques qui lui sont adaptées. On repère souvent chez les non-naturalistes une certaine répulsion de principe à naturaliser absolument toutes les sciences et surtout celles qui ont pour objet des caractéristiques spécifiquement humaines, c’est-à-dire qui constituent des caractères distinctifs de l’espèce humaine. À l’inverse, on remarque parfois chez les partisans de la naturalisation une forme de croyance en la science, en son bien-fondé, au succès de ses résultats, et à sa capacité à résoudre les problèmes qui se posent aux sociétés humaines. La science est alors définie dans sa dimension empirique, vérifiable et observable, sur le modèle des sciences physiques. C’est l’idée que sans cette science, les êtres humains seraient des Prométhée sans feu, si bien qu’il nous faudrait conclure qu’elle nous est absolument nécessaire, qu’elle est même ce que nous possédons de plus sûr et de plus achevé et qu’elle doit constituer le cadre même de notre pensée. On en trouve sans peine des accents chez B. Leiter, lorsqu’il soutient, sans qu’aucune argumentation réelle ne vienne soutenir ses affirmations, si ce n’est l’argument du « critère pragmatique », que :

« La science est *la* pratique – la seule option valable pour ainsi dire – aussi longtemps que l’on s’intéresse à la connaissance. Il n’y a pas d’esprit de “tolérance épistémique” chez Quine. La science, pour Quine, sépare l’ivraie du bon grain quand s’affrontent différentes “perspectives” sur la réalité, et le résultat est assez sévère : l’ivraie n’inclut pas seulement la religion, la métaphysique, la poésie, et l’astrologie, mais aussi la psychologie non-behaviouriste, et toutes les sciences particulières dans la mesure où elles sont irréductibles aux sciences physiques.

Bien sûr pour Quine – je le répète – la science jouit de ce statut spécial en vertu du fait qu’elle répond à nos *desiderata* pragmatiques et nous aide à faire face à l’expérience mieux que n’importe quelle autre pratique. Des créatures comme nous doivent être capables d’anticiper le cours futur de l’expérience, de comprendre ce qui va se passer. Seule la science “tient ses promesses” face à ces exigences cruciales. Mais une fois que l’on a ainsi consacré la science, nous ne disposons tout simplement plus d’un point de vue pour se prononcer sur la question de savoir si la science décrit le monde “réel”, ou

si la science constitue une connaissance “authentique” : parler de ce qui est “réel” ou de ce que nous “connaissons” ne sont que des questions scientifiques. »¹⁸²

Ainsi, outre les questionnements philosophiques proprement dits à propos de la possibilité de procéder effectivement à la naturalisation d’une science, entrent bien en jeu un ensemble de croyances qui se rapportent à l’idée que l’on se fait de l’homme. Pour le dire très simplement : l’homme est-il effectivement, au sein de la nature, une espèce parmi d’autres, ou constitue-t-il un monde à part entière ? Pour comprendre les positions que tiennent les uns et les autres, et la véhémence parfois des débats qui opposent les tenants du naturalisme à leurs adversaires, il semble nécessaire, ou du moins utile, d’essayer de déceler au-delà des raisons philosophiques, les principes éthiques et politiques qui sont à l’origine du choix, lui-même éthique et politique, d’une position naturaliste ou anti-naturaliste.

Concernant la théorie de la décision judiciaire, le débat va porter plus précisément sur les éléments que l’on intègre pour rendre compte des décisions. Suivant le type d’éléments que l’on retient comme décisifs, la question de la naturalisation de la décision judiciaire s’avèrera plus ou moins délicate. En effet, nous avons vu que l’objectif premier des réalistes américains est de rendre compte de ce que font *réellement* les juges, et non de ce qu’ils devraient faire d’après une analyse purement *a priori* de ce que qu’est bien juger. Il s’agit ainsi pour eux d’essayer d’établir les causes réelles, les véritables antécédents causaux des décisions judiciaires. Or chez eux, ces antécédents causaux sont particulièrement étendus : une décision judiciaire ne peut être correctement et pleinement expliquée si l’on s’en tient à ce qui est strictement juridique ; il arrive que les causes d’une décision ne soient pas uniquement juridiques et que les juges aient également d’autres types de raisons d’agir comme ils le font. Cela signifie que pour rendre compte de l’action des juges, on doit considérablement élargir le spectre des causes explicatives jusqu’à aller les chercher en dehors du droit, ce qui a donc pour conséquence une multiplication de ces causes. C’est une des raisons qui amène les réalistes à rompre avec la tendance formaliste qui prévalait jusqu’alors dans la pensée du droit, à ouvrir leur cadre de référence théorique, et à se tourner, qui vers la sociologie ou vers l’économie, qui vers la psychologie ou les sciences politiques.

¹⁸²« Science is *the* practice – the only game-in-town as it were – insofar we are interested in knowledge. There is no spirit of “epistemic tolerance” in Quine. Science, for Quine, sorts the wheat from the chaff when it comes to different “perspectives” on reality, and the upshot is fairly austere : the chaff includes not only religion metaphysics, poetry, and astrology, but also non-behavioral psychology and all the special sciences insofar as they are irreducible to physics. Of course – to repeat – science enjoys its special status on Quine’s view in virtue of its delivering on the pragmatic desiderata of helping us cope with experience better than any other practice. Creatures like us have to be able to anticipate the future course of experience, we have to figure out what will come next. Only science “delivers the goods” on that crucial pragmatic requirement. But once science is so enshrined, there is simply no standpoint from which to get a purchase on the notion whether science describes the “real” world or whether science constitutes “genuine” knowledge : talk about what is “real” or what we “know” are just scientific questions. », Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 149.

La question se pose alors de savoir si ces raisons non juridiques (psychologiques, politiques, économiques, etc.) peuvent bien être considérées comme des *causes*. En effet, si d'une part celles-ci sont si vastes qu'on ne peut pas véritablement parvenir à les déterminer, mais seulement identifier des raisons plus déterminantes que d'autres – c'est le problème de l'indétermination liée au nombre des raisons – et si, d'autre part, face à certains jugements rendus, on perçoit qu'un autre jugement aurait pu être rendu, et que le juge disposait d'une certaine marge de manœuvre – c'est le problème de l'indétermination liée à la reconnaissance d'un certain arbitraire du juge –, peut-on encore considérer que le terme de « cause » est pourvu de sens ? N'est-il pas alors vidé de son pouvoir de détermination ? À l'inverse, si on abandonne l'idée de causalité forte, pour intégrer celle d'indétermination, la question qui va également se poser est celle de savoir si le modèle explicatif qui en découle peut encore prétendre rendre compte du jugement judiciaire dans sa généralité : n'en est-on pas alors réduit à expliquer des décisions qui ne seraient que singulières ou, au mieux, particulières ? N'est-on pas alors ramené constamment à l'idiosyncrasie du juge ou à la singularité des circonstances, et selon la compréhension triviale qu'on a pu avoir des théories de la *Sociological Jurisprudence* développées par Holmes, ne risque-t-on pas d'être conduit à chercher dans le petit-déjeuner du juge les causes de sa décision ? Quand bien même le juge nous confierait les raisons qu'il a eu de rendre sa décision de justice, nous devrions rester soupçonneux et considérer, au mieux, qu'il peut arriver que ses motifs d'action échappent à sa propre conscience et qu'il subisse malgré lui des influences, ou au pire, qu'il soit de mauvaise foi et cache derrière des motifs juridiques, d'autres motifs qu'il rationalise *a posteriori*. On aboutirait donc à un subjectivisme généralisé et peu enviable, totalement contraire à l'exercice de la justice.

Il apparaît alors que si l'on veut être fidèle à la réalité de l'activité du juge, il nous faut éviter deux écueils, et pour ainsi dire naviguer entre Charybde et Scylla. Le premier écueil duquel se détourner consiste à négliger la part de choix intentionnel du juge, et à considérer que juger, c'est se soumettre à un cadre juridique entièrement contraignant qui dicterait de part en part les décisions de justice. On fait alors du juge une simple machine juridique, une chambre d'enregistrement des actes et faits humains dont le rôle se borne à mettre en relation ces actes et ces faits avec des lois, selon des procédures prédéfinies, pour un résultat parfaitement prévisible. Il pourrait parfois arriver que le juge puisse gripper ces rouages formels, par manque de métier ou par indécatesse, mais seulement à la marge. Le second écueil, quant à lui, réside dans l'excès inverse. Il consiste au contraire à mettre l'accent de manière inconsidérée sur l'idée que le juge dispose d'un pouvoir quasi illimité, et de le décrire comme un juge-roi qui, arbitrairement, pourrait créer indéfiniment de nouvelles règles, et qui même serait amené inévitablement à légiférer. Ce serait alors être oublieux du fait que le juge, dans nos démocraties modernes, agit dans un cadre juridique hautement contraint. Dire que s'offre à lui,

dans certains cas particuliers, plusieurs manières de juger, ne signifie sûrement pas qu'il puisse juger comme il l'entend. Si tel était le cas, le droit apparaîtrait comme entièrement à la solde du juge, comme le règne de l'arbitraire et de l'imprévisible. Or il semble bien ici que le travail *réel* du juge ne puisse en aucun cas se décrire sous le modèle du juge-machine et qu'il ne puisse pas non plus se satisfaire du modèle du juge-roi.

D'un point de vue épistémologique, le choix d'un modèle explicatif de la décision de justice, naturaliste ou non, doit avoir entre autres objectifs d'essayer d'éviter de tomber dans ces oppositions radicales qui renvoient dos à dos les méthodes des sciences naturelles et celles des sciences humaines et sociales, et contribuent à les rendre irréconciliables. C'est l'idée qu'il existerait deux mondes, et partant deux sciences : l'un régi par les lois naturelles, monotones et prévisibles, et qui comme tel serait *explicable* ; l'autre régi par la fantaisie humaine, qui comme tel serait imprévisible et ne pourrait jamais être *compris* qu'après coup. Voilà qui simplifie maladroitement des positions philosophiques et scientifiques bien plus complexes. En science naturelles, on trouve par exemple des modèles causaux probabilistes, ou encore un concept comme celui de causes incitantes qui par définition envisage des causes qui ne sont pas forcément déterminantes. Par ailleurs, le fait que les sciences humaines empruntent beaucoup au modèle des sciences naturelles n'est pas à démontrer. Pourtant, la croyance en particulier selon laquelle les sciences naturelles seraient incapables de penser la liberté humaine, tandis que les sciences humaines ne seraient pas tout à fait des sciences est tenace. Dans les débats philosophiques actuels ou récents en théorie de l'action, une grande partie de la réflexion est consacrée à la question de savoir si une théorie causale de l'action, répondant aux exigences des sciences de la nature, peut permettre de rendre compte de tous les types d'actions, ou bien si elle ne peut en expliquer qu'un certain nombre, ce qui justifierait alors la nécessité d'autres modes explicatifs et donc d'un modèle explicatif propre aux sciences humaines.

On peut en voir un exemple particulièrement frappant dans un article de Max Kistler¹⁸³, destiné à défendre la thèse selon laquelle la théorie causale de l'action (TCA), quand bien même elle rencontre des problèmes pour rendre compte de certains types d'actions humaines, peut trouver des solutions explicatives satisfaisantes en son sein, et qu'en aucun cas, cela ne nécessite d'abandonner le modèle causaliste. Tout au plus, affirme-t-il, devons-nous revoir notre concept de cause, et l'adapter aux cas particuliers que sont les actions humaines. Il examine dans cet article les points d'achoppement de la théorie causale de l'action, et montre à chaque fois comment les dépasser, par

¹⁸³ Max Kistler, « Les causes des actions », in *L'action*, dir. Francine Markovits et Gabrielle Radica, Paris, Vrin, 2006. Le livre étant épuisé et en réimpression, on le trouve accessible dans un format pdf à l'adresse suivante : <http://max.kistler.free.fr/articles/MK33.pdf> (consulté le 16/06/2022). Nous citerons donc la pagination du document en ligne.

les moyens mêmes de cette théorie. Ce qui nous intéresse ici pour le moment – nous reviendrons dans le chapitre suivant sur le détail de l’argumentation de M. Kistler – c’est la manière dont M. Kistler identifie les difficultés propres à la théorie causale de l’action, en se référant aux critiques des théories non naturalistes de l’action. Lorsqu’il examine le problème de la « lacune causale »¹⁸⁴, c’est-à-dire des cas où on constate que le fait d’avoir des désirs et des croyances et d’avoir décidé d’agir en conséquence ne suffit pourtant pas forcément pour agir effectivement, ce qui constitue une objection forte à l’idée que l’on pourrait rendre compte des actions humaines sur un modèle entièrement causal, il écrit ceci :

« Nous connaissons tous des décisions que nous avons prises sans les exécuter. Cela semble impliquer que ces prises de décision ne sont pas les causes, en tout cas pas des causes complètes des actions. On pourrait avoir l’impression que ce défaut n’est qu’un symptôme de la défaillance plus profonde de la TCA qui *refuse de concevoir le sujet comme libre, pour le réduire à un lieu de transition de chaînes causales mécaniques et déterministes*. Il semble que sur le plan causal il existe toujours une lacune entre la décision et le début de l’action, lacune dans laquelle se situe précisément la marge de manœuvre requise par notre liberté de choisir d’agir ou de ne pas agir »¹⁸⁵.

C’est bien la question centrale de la liberté qu’il met en avant ici, répondant à cette accusation fréquente selon laquelle les sciences naturelles ne feraient aucun cas du libre-arbitre humain et considéreraient l’homme dans un cadre entièrement déterministe. Et inversement, dans ce même article, les théories non naturalistes de l’action sont indirectement accusées de ne pas être véritablement scientifiques. En effet, souligne M. Kistler, ce qui fait la scientificité d’une science, c’est, parmi d’autres critères, le fait qu’elle se fonde uniquement sur des faits positifs, accessibles à l’expérience et démontrables. Or les théories non naturalistes, en postulant des intentions ou une causalité primitive du sujet, en viennent à « postuler des entités inaccessibles à une étude scientifique »¹⁸⁶.

Cet exemple montre à quel point il est nécessaire de réexaminer en profondeur les postulats qui sont à l’origine de l’opposition entre théories naturalistes et non-naturalistes. Concernant la question de la décision de justice, ce même débat est rejoué, et on retrouve le même type d’affrontement. On a pu voir que les réalistes américains, à leur époque, se tournaient spontanément vers le modèle causaliste des sciences naturelles, ce qui autorise par exemple B. Leiter à considérer ce mouvement comme une première tentative de naturalisation de la théorie de la prise de décision

¹⁸⁴ On peut bien sûr faire un lien avec le problème de la « lacune juridique », c’est-à-dire l’idée que le droit serait parfois muet sur certains points, parce que le législateur ne l’aurait pas prévu ou pas pu le prévoir, et qu’il existerait donc un écart entre la loi et le monde. Voir sur ce point Isabelle Pariente-Butterlin, *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, Quadrige, 2005, en particulier p. 158-161.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 14, nous soulignons.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 15.

judiciaire. Quelles raisons motivent vraiment ce choix et permettent de le comprendre ? Une première raison, nous l'avons évoquée, est que les réalistes sont dans l'air du temps. Les premières décennies du XX^e siècle sont marquées par la réussite des sciences naturelles, et par une croyance très forte en la science et son progrès, même si des voix dissonantes – celle de Husserl ou Bergson par exemple¹⁸⁷ – se font entendre. Ainsi F. Michaut affirme-t-elle que la doctrine du réalisme américain, son apparition et son sens, serait incompréhensible « sans une connaissance de l'importance accordée à l'époque à l'approche scientifique en général ». En effet, « les résultats obtenus dans les sciences de la nature apparaissent fulgurants et il semble possible d'étendre la méthode à de nouveaux domaines »¹⁸⁸. C'est alors que peut naître l'idée que le droit doit tirer son origine et sa justification de la science. Une seconde raison peut être trouvée dans la volonté affichée des réalistes de rendre le droit plus efficace, et pour cela, plus compréhensible par les différents acteurs du droit, et donc prédictible. Cette exigence que le droit puisse être prédit les conduit naturellement à se tourner vers le modèle causal des sciences de la nature. Enfin, on peut conjecturer une troisième raison : parmi les sciences humaines qui peuvent prétendre rejoindre le cadre épistémologique fixé par les sciences naturelles, le droit peut apparaître comme le meilleur candidat. En effet, le droit s'impose comme un ensemble de normes explicites et contraignantes pour les individus qui tombent sous sa coupe, qu'ils les respectent ou les transgressent. Mais il s'impose également comme tel à ceux qui sont chargés de le mettre en œuvre. Ce qui caractérise les normes juridiques, à la différence des coutumes, des règles morales, des habitudes, c'est qu'elles valent, dans un temps et dans un territoire donné, pour tout un chacun et de manière égale. Les décisions de justice sont évidemment adaptées en fonction des particularités des individus – minorité, cas d'irresponsabilité, circonstances atténuantes ou au contraire aggravantes – et de la singularité des situations. Mais cet ajustement du droit est lui-même prévu et codifié¹⁸⁹, de sorte qu'il ferait un candidat parfait pour une approche mathématique. De fait, les décisions judiciaires semblent pouvoir aisément être prédites, et il faudrait même qu'elles puissent l'être. Le cas échéant, cela signifierait que le droit n'en est plus vraiment, que les décisions sont arbitrairement rendues, et par conséquent, que les individus seraient dans l'incapacité de discerner ce qui est permis et défendu. Or la caractéristique du droit est que les normes à partir desquelles les juges

¹⁸⁷ On pense par exemple à E. Husserl, *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale* (1935-1936), trad. Gérard Granel, Paris, Gallimard, « Tel », 1976, ou à H. Bergson, *L'évolution créatrice*, Paris, PUF, « Quadrige », 2007.

¹⁸⁸ Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., introduction, p. 27.

¹⁸⁹ Par exemple, les causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité sont prévues dans le Code Pénal français, dès le premier livre dans les articles 122-1 à 122-8. De même, l'idée que les peines doivent être personnalisées, c'est-à-dire adaptée à la personnalité de l'auteur d'un crime ou d'un délit, à son contexte social, à ses ressources et aux circonstances de son acte est codifiée, toujours dans ce même livre, des articles 132-24 à 132-70. Enfin, le fait que certaines circonstances constituent une aggravation du crime ou du délit commis est codifié des articles 132-71 à 132-80.

rendent leurs décisions sont contraignantes. Elles ont, sur eux aussi, *force de loi* : elles rendent leur comportement, et donc leurs décisions prévisibles, puisqu'elles peuvent être déduites des normes qui codifient l'ensemble du domaine du droit. Bien entendu, le fait qu'elles les contraignent dans leurs décisions ne signifient pas qu'elles ont le même caractère de nécessité que les lois qui expliquent les phénomènes naturels. D'abord parce que les lois naturelles ne « régulent » pas les phénomènes naturels, qui n'ont pas besoin, pour avoir lieu, d'y faire référence. Ensuite parce que les lois humaines, à la différence des lois naturelles, peuvent être transgressées et diversement appliquées. Ainsi, s'il y a bien un écart colossal entre la scientification des phénomènes naturels et la scientification des décisions judiciaires, il n'en demeure pas moins que dans le domaine du droit, le champ de la décision judiciaire semble pouvoir subir, non sans quelques adaptations, une entreprise de scientification. C'est dans cette lignée que B. Leiter, par exemple, se situe, en affirmant qu'il faut mener à bien ce que les réalistes américains ont commencé, et achever la naturalisation de la théorie de la décision judiciaire, et à terme, celle de la théorie du droit en général.

Cependant bien des voix au sein de la théorie du droit s'y opposent et affirment qu'au contraire, une théorie non naturaliste serait plus à même de rendre compte de la nature du droit et en particulier de la prise de décision judiciaire. La question se présente donc sous la forme d'une alternative : étant donné ce domaine spécifique qu'est le droit, faut-il, ou non, naturaliser la théorie du droit ? Il n'existe pas de réponse simple à cette question. Le théoricien et le praticien du droit, par exemple, n'ayant ni les mêmes besoins ni les mêmes exigences, pencheront plus facilement d'un côté ou de l'autre. Et si l'on veut essayer d'échapper aux préférences subjectives et prédispositions intellectuelles que l'on peut avoir en faveur de l'une ou l'autre de ces options, qui bien souvent ne sont pas interrogées, il semble d'abord nécessaire d'inscrire notre réflexion dans un cadre philosophique qui dépasse la simple problématique de la naturalisation de la théorie du droit, c'est-à-dire dans le cadre plus large de la problématique de la naturalisation des sciences humaines. Il s'agit alors d'élargir notre spectre et de remarquer que les positions épistémologiques que nous voyons s'opposer en théorie du droit sont les mêmes que celles qui ont animé ce qu'on a appelé « la querelle des deux sciences », qui naît à la fin du XIX^e siècle. Cette querelle entre sciences de la nature et sciences de l'homme prend acte du fait que de nouvelles sciences, comme la sociologie ou la psychologie, sont en train de naître, et se centre sur la question de savoir si ces nouvelles sciences en sont bien, et si elles peuvent prétendre à remettre en cause l'unité méthodologique de la science en proposant une méthodologie concurrente à celles des sciences de la nature. Ainsi se sont opposés, dès la seconde moitié du XIX^e siècle, les partisans d'un modèle de science unique, et les défenseurs d'un dualisme méthodologique.

Si par ailleurs, on resserre notre attention, dans cette longue querelle des deux sciences, sur la période où les réalistes américains semblent prendre fait et cause pour les sciences de la nature, on remarque qu'on se situe, dans la réflexion philosophique, en plein essor du positivisme, quelques années avant que naissent, avec la philosophie du second Wittgenstein, le débat des causes et des raisons, qui inaugure au sein même de la philosophie analytique, une scission entre deux courants différents de l'explication de l'action : le courant causaliste et le courant intentionnaliste, défendant respectivement une unité et une dualité de méthode scientifique. Ce débat des causes et des raisons, qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de la décision judiciaire, repose sous une forme nouvelle la vieille opposition entre sciences de la nature et sciences de l'homme. Il semble alors utile de réinterroger cette querelle des sciences, et ses prolongements actuels, à l'aune de notre questionnement juridique en en montrant l'actualité pour la philosophie et la théorie du droit. Il s'agit donc, dans les deux chapitres qui vont suivre, de revisiter ce lieu commun de l'histoire de la philosophie qu'est la querelle des deux sciences à partir d'un angle neuf. On cherchera ainsi à retracer les étapes de cette querelle et à en dégager des éléments de réponse concernant la question de savoir si une naturalisation de la prise de décision judiciaire, et partant, de la théorie du droit, est non seulement possible, mais aussi souhaitable.

Chapitre II. Penser l'explication de la décision judiciaire à la lumière de la querelle des deux sciences

La causalité est-elle le « ciment de l'univers »¹⁹⁰ ?

« Le logicien idéal, [...] une fois qu'il lui a été montré un simple fait sous tous ses angles, devrait en déduire non seulement tout l'enchaînement des événements qui l'ont enfanté, mais encore tous les effets qu'il enfantera lui-même. De même que Cuvier pouvait reconstituer correctement un animal entier d'après un seul os minutieusement observé, de même l'observateur, s'il a bien étudié un fait dans une série d'incidents, devrait être capable d'énoncer ceux qui l'ont précédé et ceux qui lui succéderont. »

A. CONAN DOYLE, *Sherlock Holmes*¹⁹¹

Lorsque commence à apparaître ce qu'on a appelé plus tard les « sciences humaines », et que l'on appelle alors les « sciences de l'homme » ou « sciences de la nature humaine », déjà s'interroge-t-on sur la légitimité de la dénomination de science qui leur est accordée et sur la nécessité de les réformer en vue de la mériter. Ainsi, Hume, au XVIII^e siècle, dans l'introduction du livre I du *Traité de la nature humaine*, part d'un double constat : d'une part celui de la réussite des sciences de la nature pensées sous l'égide du modèle newtonien, et d'autre part celui des lacunes des sciences de l'homme, qui recouvrent pour lui la logique, la morale, la critique et la politique. Puisque la méthode expérimentale a permis aux sciences de la nature de se fonder sur des principes solides et unanimement reconnus, Hume propose de l'étendre aux sciences qui traitent de l'homme. Selon lui, elles souffrent d'un manque de rigueur, de simplicité et de clarté, et donnent lieu à des disputes incessantes, des controverses sans fondements et des raisonnements abstrus, où l'éloquence a tendance à l'emporter sur la vérité. Il s'agit là de ce que nous appelons maintenant couramment un naturalisme méthodologique : importer dans les sciences de l'homme les méthodes éprouvées d'observation et d'expérimentation des sciences de la nature pour donner aux premières une scientificité comparable aux secondes. On essaie donc d'établir une continuité de méthodes et de résultats entre ces deux types de science. Toutefois, si ce sont les méthodes des sciences naturelles

¹⁹⁰ Cette expression fait référence au titre de l'ouvrage de J. L. Mackie, *The Cement of the Universe : A Study of Causation*, Oxford, Oxford University Press, 1974.

¹⁹¹ Arthur Conan Doyle, *Sherlock Holmes*, T1, « Les cinq pépins d'orange », Paris, Robert Laffont, « Bouquins », 1987, p. 307.

qui pour Hume doivent avoir notre préférence, la science véritablement fondamentale, c'est la science de l'homme. En effet écrit-il :

« Il est évident que toutes les sciences sont plus ou moins reliées à la nature humaine et que, si loin que certaines d'entre elles puissent paraître s'en écarter, elles y reviennent toujours par une voie ou par une autre. Même les *mathématiques*, la *philosophie naturelle* et la *religion naturelle* dépendent, dans une certaine mesure, de la science de l'HOMME, puisqu'elles relèvent de la compétence des hommes et que ce sont leurs forces et leurs facultés qui en jugent. [...] Il n'y a aucune question d'importance dont la décision n'appartienne à la science de l'homme, et il n'en est aucune qui puisse être résolue avec quelque certitude, tant que nous ne savons rien de cette science. Donc, en prétendant expliquer les principes de la nature humaine, nous proposons en fait un système complet des sciences, bâti sur un fondement presque entièrement nouveau, le seul sur lequel elles puissent s'établir avec quelque sécurité. »¹⁹²

Ce fondement nouveau, c'est la méthode newtonienne de l'observation et de l'expérimentation. D'ores et déjà, le critère de scientificité est situé du côté des sciences de la nature et de leur méthode. Il s'agit bien là de naturalisation. Mais pour Hume, le cœur de toutes les sciences, quelles qu'elles soient, c'est l'homme. Il est à la fois celui sur lequel la science de l'homme raisonne, mais il est aussi celui qui, quelle que soit la science, conduit le raisonnement, si bien qu'il apparaît comme le critère d'unification de toutes les sciences. De même qu'il y a naturalisation de la science de l'homme, il faudrait dire qu'il y a, au même titre, « humanisation » des sciences de la nature. Or, chacun de ces deux genres de science va résister à ces deux processus, et vouloir conserver sa spécificité, en raison, notamment, des difficultés que pose une telle unification et une telle homogénéisation de leurs méthodes, raisonnements, pratiques et résultats. Hume n'en est d'ailleurs pas dupe : il souligne lui-même à la fin de son introduction du livre I du *Traité*, que l'importation de la méthode expérimentale dans les sciences humaines ne doit pas se faire sans adaptation et qu'elle ne se fera pas sans difficultés. Il rappelle que si nous pouvons sans peine inventer de nouvelles conditions d'expérimentation pour mieux cibler nos observations, l'expérimentation en matière de faits humains est beaucoup plus difficile, si bien que c'est la « prudence » en cette matière qui doit nous retenir de faire, par exemple, des généralisations hâtives, et qui tiendra lieu de rigueur scientifique. Dès lors, souscrire au projet humien d'être le nouveau Newton de la « Science de l'Homme » et de faire en sorte que « la philosophie expérimentale s'applique aux sujets moraux »¹⁹³, c'est aussi s'engager à débattre des modalités d'application de cette méthode, de sa portée et de ses limites.

Ainsi, la question de la naturalisation d'une science qu'on appellerait maintenant humaine ou sociale, ou d'une de ses branches, se pose dès le XVIII^e siècle, et demeure, encore aujourd'hui, un

¹⁹² David Hume, *Traité de la nature humaine* (1739-1740), trad. P. Baranger et P. Saltel, Paris, Flammarion, 1995, p. 33- 34.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 34

enjeu de discussion central. De Hume à nos jours, cette interrogation s'est déplacée, a été reformulée à plusieurs reprises et s'est focalisée sur des problèmes précis – on pense inmanquablement à la controverse entre expliquer et comprendre, au débat autour de l'opposition entre explication nomologique et explication par des raisons, ou à celui qui existe autour de la définition de la causalité. Mais au fond, les différents avatars sous lesquels ces interrogations sont apparues n'ont fait que rejouer le même questionnement : il s'est agi, à chaque fois, d'examiner la légitimité et la scientificité des sciences liées à l'homme qui, du fait de la particularité de leur « objet », sont obligées d'inventer des procédures et des styles d'intelligibilité qui leur sont propres et ne sont pas parfaitement homogènes. Ce manque d'homogénéité des modes de connaissance se remarque non seulement à l'intérieur des sciences de l'homme existantes, qui peuvent employer des méthodes différentes, mais également dans le rapport entre sciences de l'homme et sciences de la nature qui ne mettent pas forcément en œuvre les mêmes standards – si tant est qu'on puisse considérer que toutes les sciences de la nature procèdent elles-mêmes selon les mêmes méthodes.

Ces discussions multiples sont aussi dispersées dans le temps et souvent extrêmement complexes. Il nous est apparu nécessaire d'en proposer une relecture qui s'attache à faire apparaître leurs enjeux philosophiques profonds, car ceux-ci sont parfois ensevelis sous une littérature surabondante et semblent se dissoudre dans l'extrême sophistication des arguments produits. Notre relecture a d'abord été conduite dans un souci de clarification et de synthèse. Les points sur lesquels nous nous attardons et les auteurs que nous avons choisi de mettre en avant forment un trajet qui n'est évidemment pas le seul possible. Toutefois, s'il est construit ainsi, c'est pour des raisons précises. Il aurait pu être autre s'il n'avait pas répondu à un second objectif : celui de sélectionner, dans cette histoire foisonnante, des débats, des questionnements et des auteurs-clefs utiles pour penser le cas particulier du droit, et en son sein, celui de l'explication de la décision judiciaire.

En effet, il y a matière à s'interroger sur la place du droit dans les sciences en général et dans les sciences humaines et sociales en particulier. Actuellement par exemple, le droit est l'objet de nombreuses recherches en sociologie, si bien qu'il existe un domaine à part entière qu'on appelle la sociologie du droit. Cela invite à se demander s'il faut faire de l'analyse du droit une branche de l'analyse des sciences sociales, et si oui, de quelle science sociale il s'agirait de le faire dépendre. Il existe ainsi des analyses concurrentes à celle de la sociologie du droit, telles que l'analyse économique ou l'analyse politique du droit. De manière parallèle, pour ce qui concerne ce travail, la question qui se pose est aussi celle de savoir ce que peut apporter de spécifique l'analyse philosophique. Par ailleurs, si le droit appartient plutôt au domaine des sciences humaines et sociales, que faire par exemple des récentes recherches en neurosciences ? Nous y consacrerons une analyse et montrerons qu'elles donnent naissance à un nouveau champ appelé le neurodroit, qui se situe à

cent lieues des préoccupations, des méthodes et des thèses classiques des sciences humaines et sociales, et même, les remet en partie en question. Ceci, au fond, nous interroge sur la nécessité qu'il y aurait de privilégier certaines approches du droit et sur le besoin qu'il y aurait de travailler à les coordonner entre elles.

Le mouvement réaliste se situe au carrefour, voire à l'origine de plusieurs courants différents d'analyse du droit. En initiant un projet naturaliste, on pourrait croire que les réalistes – d'après la lecture qu'en fait Leiter – se tourneraient vers des sciences naturelles classiques, et sur des modèles causalistes plutôt physicalistes, et pourtant il n'en est rien. L'aile sociologique a été majoritaire dans ce courant, arrimant l'étude du droit et de la décision judiciaire aux sciences sociales. Mais quelle est la place de l'approche sociologique dans les sciences humaines ? On ne peut pas dire que les sciences sociales en général puisse être considérées comme non naturalistes, dans la mesure où, par exemple, elles ne renoncent absolument pas au modèle de l'explication causale. Mais malgré tout, comme le rappelle Catherine Colliot-Thélène, elles conservent une part d'irréductibilité dans la mesure où « l'explication causale revêt chez elles une "forme" particulière, non pas parce qu'elle ne s'appuie pas sur des lois universelles que le cas singulier ne ferait qu'illustrer, mais parce qu'elle met en œuvre des schèmes intelligibles (la compréhension intentionnelle de l'action) inapplicables aux objets des sciences de la nature »¹⁹⁴. Dès lors, si l'explication de la décision judiciaire emprunte bien à des modèles issus ou proches de ceux qui sont utilisés en sciences de la nature, tout en les infléchissant, il nous faut alors examiner les types de naturalisation qui sont finalement mis en place, et quelles peuvent en être les limites. Symétriquement, il nous faut aussi examiner les approches qui revendiquent une méthode absolument distincte, et surtout, les raisons qui motivent ce choix ainsi que les obstacles qu'elles essaient de contourner et les problèmes qu'elles espèrent résoudre.

Concernant les questions que nous venons d'évoquer, force est de constater qu'elles se posent avec une acuité toute particulière dans la perspective de l'explication de la décision judiciaire. En effet, lorsque l'on cherche à rendre compte des jugements des magistrats, on est immanquablement confronté – parfois doublement – à la question de l'imputation causale singulière. Entreprendre d'expliquer une décision judiciaire, c'est toujours rendre compte d'une décision singulière, et expliquer pourquoi, pour telle affaire, et dans telles circonstances, telle issue a été choisie. Il est même capital que cette issue, au moins après coup, apparaisse intelligible eu égard à la nature du cas et aux lois en vigueur, sans quoi nous serions renvoyés à un acte arbitraire contraire à l'exercice même du droit. Il faut ajouter à cela le fait que, dans les cas où les juges doivent établir des responsabilités

¹⁹⁴ Catherine Colliot-Thélène, « Expliquer / comprendre : relecture d'une controverse », in *Espaces Temps*, 84-86, *L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales*, sous la direction de Christian Delacroix, 2004, p. 18.

humaines, il s'agit pour eux d'imputer à un individu la responsabilité d'avoir causé quelque chose. Autrement dit, nous réfléchissons à la manière dont nous pouvons expliquer la décision d'un homme, le juge, qui lui-même doit produire une explication de l'action d'autres hommes pour pouvoir en juger. Il lui revient notamment la charge d'établir si les événements qui ont conduit à la situation qu'il juge relèvent bien d'une décision authentique, c'est-à-dire ressortent à un choix conscient et non contraint. Il doit par exemple se demander : dans le cas présenté s'agissait-il d'un homicide volontaire ou involontaire ? Quelle(s) intention(s) peut-on prêter à l'individu jugé ? Peut-on parler de préméditation ? De quelle conscience des faits leur auteur disposait-il ? Les raisons d'agir de cet individu sont-elles les causes déterminantes de son action ? Voilà un échantillon d'interrogations auquel un juge devra répondre pour établir la responsabilité d'un individu, c'est-à-dire pour définir le rôle qu'il a joué dans la causation d'un événement, et ensuite rendre sa propre décision. La question de l'imputation causale *singulière* ou individuelle et de sa prise en charge est donc au cœur du travail du juge et par conséquent au cœur de toute entreprise d'explication de la décision judiciaire. La décision judiciaire engage nécessairement, par sa nature même et par la nature des faits qu'elle considère, l'ensemble des discussions que nous avons signalées et que nous allons examiner.

L'objectif de ce chapitre est d'éclairer le sens et les implications de nos manières d'expliquer les décisions judiciaires à la lumière des débats philosophiques classiques concernant les rapports entre sciences de la nature et sciences humaines et sociales. C'est dans cet esprit que nous allons, dans les pages qui suivent, retracer les différentes étapes qui ont marqué l'histoire de ces différentes sciences et de leurs relations, en nous appuyant en partie sur l'ouvrage de 1979 de K. O. Apel, *La controverse expliquer-comprendre*¹⁹⁵, qui se conçoit lui-même comme une réflexion à partir du livre de von Wright, *Explanation and Understanding*¹⁹⁶. Ces deux ouvrages sont essentiels pour les questions que nous traitons et présentent deux avantages : ils s'attachent, comme nous, à mettre en perspective les questions parfois très précises qui ont été au cœur des débats, à en montrer les enjeux et la portée, sans condamner par avance l'une ou l'autre des positions tenues et en tenant plutôt une ligne compatibiliste ; ils ont été des ouvrages de référence par rapport auxquels les écrits postérieurs se sont positionnés. Nous retenons ainsi de Apel son découpage historique en trois grandes étapes et y ajoutons une quatrième. Commençons par les rappeler. La première a lieu dès le XIX^e siècle, avec la naissance de la philosophie positive de A. Comte, reprise et nuancée par J.S. Mill, et à laquelle vont

¹⁹⁵ K.O. Apel, *La controverse expliquer-comprendre. Une approche pragmatique-transcendantale* (1979), trad. S. Mesure, Paris, Le Cerf, 2000.

¹⁹⁶ Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1971. Une traduction est parue durant la rédaction de ce travail, *Expliquer et comprendre*, trad. Olivier Fontaine, Paris, Ithaque, 2017. Les traductions citées sont les nôtres.

s'opposer les herméneutes tels que J.G. Droysen et principalement W. Dilthey, qui systématise l'opposition entre science de l'esprit et sciences de la nature. La seconde est représentée majoritairement par la position de C. G. Hempel, et par la riposte néopositiviste. La troisième étape est celle de la réponse faite aux néopositivistes par l'École d'Oxford, héritière de la seconde philosophie de Wittgenstein, qui continue, en un certain sens, la tradition herméneutique, mais au sein de la philosophie analytique. Cette opposition de l'École d'Oxford et des wittgensteiniens aux néopositivistes a pour effet de créer une scission au sein même de la philosophie analytique. À partir du moment où les wittgensteiniens opposent à la méthode fondée sur l'explication causale une méthode fondée sur l'explication intentionnelle, qui procède par la compréhension des raisons et des motifs, on observe alors au sein de la querelle générale dite des deux sciences, et plus particulièrement au sein de la question de la pertinence de la méthode explicative, la naissance d'un nouveau débat, celui des causes et des raisons.

Selon Apel, au moment de la rédaction de *La controverse expliquer-comprendre*, une résolution de la querelle lui semble possible par la mise en place d'une nouvelle perspective, qui dépasserait les antagonismes antérieurs. Cette perspective, Apel la nomme « *pragmatico-transcendantale* » et, en tant qu'il la considère comme une solution, elle constitue pour lui la quatrième et dernière étape de la querelle. Elle consiste en un renversement permettant de dépasser l'opposition constante entre expliquer et comprendre dans les trois premières phases de la controverse, où chaque fois il s'agissait d'absolutiser une conception plutôt qu'une autre. Apel choisit la voie d'une complémentarité des intérêts de connaissance liés respectivement à l'explication et à la compréhension, et affirme ainsi que dans les sciences humaines, non seulement les deux approches sont pertinentes, mais qu'elles peuvent être valides ensemble. Ainsi écrit-il dans les dernières pages de son ouvrage :

« la distinction, elle-même encore théorico-métaphysique, de deux mondes – celui de la liberté (simplement) intelligible de la volonté et le monde de l'expérience entièrement soumis au déterminisme causal – est remplacée par la complémentarité phénoménologique et langagière de la réalité, susceptible de donner lieu à une expérience objective, des lois de la nature et des régularités de la quasi-nature humaine, d'une part, et de la réalité thématizable de façon réflexive et compréhensive qui est, d'autre part, celles des actions subjectives de la liberté. »¹⁹⁷

Pourtant, il semble qu'aujourd'hui, on soit très loin d'une résolution telle que Apel la souhaitait, et que l'écart et les désaccords entre ces deux approches soient encore très marqués. Appel, en 1979, semble en effet avoir accordé trop peu d'importance à la réaction naturaliste, pourtant massive, qui eut lieu au sein de la philosophie analytique dans les années 1960, avec le tournant cognitiviste à partir des années 1970 et l'essor des neurosciences. Il pourrait être justifié de considérer ce

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 313.

mouvement naturaliste, qui prend des formes très différentes selon les domaines et les disciplines, comme une étape à part entière. Ainsi, contrairement à Apel qui semble en relativiser l'importance, nous lui consacrerons une analyse en propre et considérerons que cela constitue bel et bien un nouveau moment à prendre en compte.

Nous retenons également de Apel – et de von Wright – l'idée d'une complémentarité des approches. Nous montrerons en effet que plusieurs explications de la décision judiciaire sont envisageables, et qu'elles répondent à des intérêts et à des points de vue différents voire divergents. Suivant la manière dont on envisage la décision judiciaire, dans sa singularité ou au contraire dans sa sérialité, suivant les types de facteurs explicatifs que l'on retient comme valides et le poids qu'on leur accorde, et suivant l'objectif que l'on se donne – par exemple rendre les décisions prévisibles aux yeux des usagers du droit, ou tout simplement mieux les comprendre, éviter les biais de jugement pour les juges, ou encore offrir un service d'aide à la prise de décision – on ne fera pas appel au même type d'explication. Celles-ci peuvent se compléter et s'additionner pour étendre notre connaissance de ce fait global voire total qu'est la décision judiciaire, plutôt qu'être envisagées de manière exclusive, comme si valider l'une revenait à invalider les approches différentes jugées alors incompatibles. Dans tous les cas, notre but n'est pas d'arbitrer de manière dogmatique entre les unes ou les autres, mais de montrer quelles sont les logiques sous-jacentes, ainsi que les gains et les pertes auxquelles elles nous exposent, en particulier dans le domaine du droit. Comme l'affirme C. Colliot-Thélène à propos de la multiplicité des approches possibles en sciences humaines et sociales et de leur examen, notre but n'est pas de les « opposer comme des formes mutuellement exclusives du connaître », mais plutôt de proposer « des comparaisons locales et différenciées »¹⁹⁸ qui rendent compte du pluralisme scientifique qui constitue notre monde.

Défendre une complémentarité des approches et un pluralisme scientifique a pour corollaire une critique de toutes les tentatives hégémoniques dans ce domaine. Au XX^e et au XXI^e siècle en particulier, on observe une certaine tendance – qui n'est pas sans être contestée – qui considère le paradigme causaliste comme le critère même de la scientificité et fait de la vision positiviste de la science la seule perspective recevable sur cette dernière, ou du moins la meilleure. On l'examinera plus en détail, mais on peut pour le moment associer le positivisme, comme vision de la science, à un monisme méthodologique, c'est-à-dire à la volonté d'unifier l'ensemble des théories scientifiques, sous une seule et même méthode, celle de l'explication causale, qui consiste à subsumer les phénomènes observables, quels qu'ils soient, sous des lois générales de la nature. Le positivisme ainsi entendu peut être à bon droit décrit comme un naturalisme méthodologique en ce qu'il considère les

¹⁹⁸ Catherine Colliot-Thélène, « Expliquer /comprendre : relecture d'une controverse », *op. cit.*, p. 19.

méthodes et les résultats des sciences naturelles comme des modèles que les autres sciences devraient suivre pour leur propre développement. Il s'agit autrement dit, de poser comme condition de la connaissance scientifique le principe d'une continuité de résultats et de méthodes avec les résultats et les méthodes des sciences empiriques. Par conséquent, le positivisme recherche l'unification des sciences humaines et sociales et des sciences naturelles sous la bannière de ces dernières, en ayant tendance à imposer certains standards de méthode, qui ne sont pas forcément toujours appropriés aux objets des sciences humaines et sociales. C'est cette tendance dominante que nous critiquerons, non pas pour en invalider la pertinence en soi, mais simplement pour en freiner les prétentions hégémoniques qui ne laissent pas toujours assez de place à des modes de connaissances alternatifs, et rappeler que la continuité avec les sciences empiriques peut se penser de bien des manières.

Il nous faut enfin insister sur deux points concernant la méthode que nous avons mise en œuvre. Nous avons souligné que la reconstruction que nous allons proposer de la querelle des deux sciences a été pensée dans le but de mettre en avant des éléments et des débats philosophiques utiles pour penser le problème spécifique que pose l'explication de la décision judiciaire comme type de décision particulière au sein de la décision humaine. Cette reconstruction, nous l'avons pensée sur un temps long – de Hume à nos jours –, en balayant différentes sciences en construction pour mieux situer les problématiques juridiques en leur sein. Nous avons également fait le choix d'examiner assez précisément certains auteurs ou courants – principalement, et sans être exhaustif, Comte, Mill, Dilthey, Hempel, Dray, Wittgenstein, Anscombe, Churchland et Davidson en philosophie, et Carré de Malberg, Bobbio, Hart, Kelsen, Posner, Dworkin ainsi que les recherches actuelles en neurodroit du côté de la théorie du droit. Cette galerie d'auteurs est l'occasion d'incarner et de spécifier des positions théoriques et épistémologiques majeures dont l'influence a été importante sur la tournure (les thèmes, les types d'arguments et la formulation des problèmes) qu'ont pris les débats. En général, les ouvrages et articles qui se consacrent à ces questions, et qui sont légion, se centrent sur des périodes, des auteurs ou des débats restreints. Le but de ce travail est de réinscrire cette abondante littérature dans une chronologie plus vaste afin d'en ressaisir la logique d'ensemble. Surtout, ce qui nous semble utile de faire apparaître, ce sont les échos, les ressemblances voire les similitudes qui existent entre les réflexions propres au champ philosophique sur les conditions de la connaissance en sciences humaines et sociales en général et celles qui sont élaborées en théorie du droit, dans le champ juridique, concernant la connaissance du droit et en son sein, la décision judiciaire. Nous avons constaté combien ces domaines s'ignorent et nous ne sommes pas les seuls. Michel Troper souligne bien qu'il existe, à côté d'une « philosophie du droit des philosophes », une philosophie ou théorie

du droit « des juristes »¹⁹⁹ dont le rôle serait de pallier le degré d'éloignement par rapport aux pratiques réelles qui caractérise une grande partie des écrits philosophiques sur le droit. De manière opposée, certains textes – que nous mobilisons ici – de théorie de l'action ou de philosophie analytique générale s'avèrent tout à fait cruciaux pour penser certains problèmes que rencontrent les théoriciens du droit, mais ils ne sont manifestement pas connus ou utilisés. À notre sens, cette ignorance réciproque qui est le plus souvent la règle ne provient sûrement pas d'un désintérêt mutuel que philosophes et juristes entretiennent sciemment, mais plutôt d'une méconnaissance des intérêts, des pratiques, des méthodes et des problématiques qui traversent ces deux champs. Cela s'explique aussi principalement par la difficulté qu'il y a à manier une somme assez considérable d'approches et de références qui se distinguent par leur précision et leur haut degré de spécialisation dans des domaines qui réclament des formations intellectuelles différentes. Ce travail de thèse ambitionne justement de jeter quelques ponts entre ces domaines de connaissances, de participer à les rendre moins discontinus et à montrer que les philosophes ont des outils efficaces pour penser les pratiques juridiques et en l'occurrence, pour contribuer à l'explication de la décision judiciaire.

Notre seconde remarque méthodologique consiste à préciser que lorsque nous parlons, à notre époque, d'une « querelle des deux sciences », nous dissociions nettement deux champs de connaissance, comportant chacun une liste de sciences relativement bien établies, ayant chacune une reconnaissance institutionnelle et académique sous la dénomination de sciences naturelles et de sciences humaines et sociales. Pourtant, du côté des sciences humaines et sociales, lorsque l'on fait remonter les premiers signes de leur naissance à Hume, il est bien évident que la répartition en disciplines autonomes, clairement délimitées, comme nous les connaissons maintenant dans les départements de sciences humaines et sociales, n'existe tout simplement pas encore. Ainsi, la science de l'homme de Hume n'est pas comparable à la physique sociale de Comte ou aux sciences morales de Mill ; ce que Mill entend par sciences morales n'est pas forcément représentatif de ce qui est enseigné sous la même appellation dans les institutions scientifiques qui lui sont contemporaines ; lorsque que Comte et Mill écrivent, la psychologie n'existe pas comme science autonome, et la sociologie n'est pas encore reconnue institutionnellement, etc. Nous pourrions multiplier ces remarques, mais ce qui compte ici, c'est de souligner que parler de sciences humaines, jusqu'à la première moitié du XX^e siècle, ce n'est pas encore parler des sciences humaines dans le sens où nous, nous les connaissons. Cette expression est alors utilisée comme un moyen de désigner l'ensemble des savoirs en train de se constituer, où se pose la question de savoir s'il faut emprunter des chemins autres que ceux des sciences naturelles, et qui prennent pour objet l'homme dans sa dimension sociale

¹⁹⁹ Michel Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 12-15.

et historique. Sur ce point, on peut rappeler l'analyse que Foucault fait des sciences humaines dans *Les mots et les choses* où il affirme que, « les sciences humaines n'ont pas reçu en héritage un certain domaine déjà dessiné, arpenté peut-être en son ensemble, mais laissé en friche, et qu'elles auraient eu pour tâche d'élaborer avec des concepts enfin scientifiques et des méthodes positives ». Selon lui, non seulement elles ont eu à constituer leurs méthodes, mais elles ont eu aussi à constituer leur objet. En effet, que l'homme soit un objet à connaître ne tombe pas sous le sens, et le fait qu'il se soit « constitué dans la culture occidentale à la fois comme ce qu'il faut penser et ce qu'il y a à savoir »²⁰⁰ est le fruit d'une histoire et d'une lente construction.

C'est dans cette longue histoire que nous devons chercher à resituer précisément le courant des réalistes américains qui nous concerne ici et duquel part notre questionnement. Les interrogations qui traversent la théorie du droit concernant la possibilité et l'intérêt de naturaliser la théorie de la décision judiciaire se comprennent d'autant mieux lorsqu'on les éclaire à la lumière du débat général concernant les relations entre les sciences humaines et les sciences naturelles, et du débat particulier des causes et des raisons.

Dès lors que les juristes ont voulu instituer leur savoir propre en tant que science, la question s'est immédiatement posée pour eux de savoir à quel modèle de science ils pouvaient ou devaient se référer. Les prises de position successives concernant le sort à réserver aux sciences humaines, leur possible autonomie et le bien-fondé de leurs méthodes se sont ainsi retrouvées de manière assez constante au cœur des débats en théorie du droit. Si les juristes semblent s'être tournés dans un premier moment, à l'instar des réalistes américains, vers des modèles issus des sciences de la nature, certains excès de naturalisme et/ou de formalisme ont conduit nombre d'entre eux à s'en écarter ou à reconsidérer les modalités selon lesquelles le modèle des sciences naturelles est transposable dans le domaine du droit et à porter davantage d'intérêt aux sciences humaines et sociales. Ces divergences de points de vue, on a pu le voir, peuvent être décelées au cœur même du mouvement réaliste américain et invitent à parler avec précaution du réalisme comme d'un mouvement homogène. Ainsi, actuellement, l'un des auteurs ayant une influence considérable sur la théorie du droit américaine, Ronald Dworkin, et des mouvements ayant une grande importance dans le champ de la théorie du droit tels que celui de Droit et société, ou encore de Droit et littérature, mettent au centre de leur compréhension du monde du droit et de l'activité du juge le concept d'*interprétation*, qui a bien plus à voir avec les sciences humaines et sociales, avec les théories intentionnelles de l'action, qu'avec les sciences naturelles et leurs programmes naturalistes.

²⁰⁰ Michel Foucault, *Les mots et les choses, Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, « Tel », 1966, p. 355-356.

L'examen que nous allons mener permettra de montrer la nécessité de préserver des approches alternatives concernant la théorie de la décision judiciaire mais également, de manière plus générale, concernant la théorie du droit. Il s'attachera ainsi à soutenir que la voie naturaliste est une voie parmi d'autres, qui présente des limites importantes, comme aussi des réussites. Il s'agira aussi de montrer que nos manières de théoriser la décision judiciaire engagent une certaine manière de théoriser le droit et sa mise en œuvre, qui, à son tour, peut avoir des effets sur nos pratiques juridiques réelles. En témoignent, par exemple, les débats autour de l'introduction dans les tribunaux de nouveaux types de preuves issues des techniques d'imagerie cérébrale et le fait que les neurosciences soient petit à petit intégrées dans la formation que reçoivent les juges à l'École nationale de la magistrature une formation aux sciences comportementales.

I. Première étape de la controverse

1. La naissance du positivisme et la formulation de la thèse du monisme méthodologique

Le positivisme trouve l'une de ses expressions primitives avec la personne d'Auguste Comte, dans le *Cours de philosophie positive*, publié entre 1830 et 1842. On peut trouver une formulation parfaitement concise de ce positivisme dans la description qu'en fait J.S. Mill dans son ouvrage dédié à la philosophie de Comte :

« La doctrine fondamentale d'une philosophie véritable, d'après M. Comte, aussi bien que le caractère par lequel il définit la Philosophie Positive, se peuvent résumer de la façon suivante : Nous ne connaissons rien que des phénomènes ; et la connaissance que nous avons des phénomènes est relative, et non pas absolue. Nous ne connaissons ni l'essence, ni le mode réel de production, d'aucun fait : nous ne connaissons que les rapports de succession ou de similitude des faits les uns avec les autres. Ces rapports sont constants, c'est-à-dire toujours les mêmes dans les mêmes circonstances. Les ressemblances constantes qui lient les phénomènes entre eux, et les successions constantes qui les unissent ensemble à titre d'antécédents et de conséquents, sont ce qu'on appelle leurs lois. Les lois des phénomènes sont tout ce que nous savons d'eux. Leur nature essentielle et leurs causes ultimes, soit efficientes, soit finales, nous sont inconnues et restent, pour nous, impénétrables. »²⁰¹

²⁰¹ John Stuart Mill, *Auguste Comte et le positivisme* (1865), trad. G. Clémenceau revue par M. Bourdeau, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 27-28.

La philosophie de Comte se caractérise en effet par un recentrage de la connaissance humaine sur les phénomènes, et déclare toute tentative de connaître la nature intime des choses qui nous entourent comme non philosophique et non scientifique. Connaître les phénomènes, c'est être capable de les subsumer sous des lois de succession, naturelles et invariables. Cela revient premièrement à rejeter comme non valables les explications de type téléologique, considérées comme une reconduction abstraite de l'animisme, et deuxièmement à borner l'étude des phénomènes en « considérant comme absolument inaccessible et vide de sens pour nous la recherche de ce que l'on appelle les *causes*, soit premières soit finales »²⁰². Expliquer un phénomène, c'est d'abord le considérer, à l'instar de tous les phénomènes particuliers et observables du monde, comme étant « assujetti à des *lois* naturelles invariables »²⁰³. C'est ensuite chercher à découvrir la loi précise qui en rend compte. L'idéal selon Comte, serait de parvenir à un très petit nombre de lois explicatives, voire à une seule loi générale, comme par exemple celle de l'attraction terrestre ou de la gravitation.

Même si Comte n'évoque jamais Hume dans ses travaux, on peut inscrire ce refus de Comte de rechercher des causes premières ou finales dans la veine de la critique de la catégorie de la causalité inaugurée par Hume, notamment dans l'*Enquête sur l'entendement humain*. En effet, le nœud de la critique de la causalité chez Hume consiste à affirmer qu'elle n'est pas une qualité que l'on pourrait observer dans les choses elles-mêmes, et qui pourrait permettre de remonter, par une longue chaîne causale, à une cause première qui rendrait compte de toutes les autres. Selon l'interprétation standard de sa critique, la causalité n'est pas une propriété de la nature, mais une idée de notre esprit : elle est la manière que nous avons de saisir certaines successions régulières d'évènements, et, par l'habitude que nous avons de cette succession, d'inférer, de l'apparition de l'un, l'apparition de l'autre. Ainsi, en usant de la notion de causalité, nous ne devons pas entendre autre chose que la sensation dans l'esprit d'une connexion nécessaire entre des évènements, dont l'origine est à trouver dans la conjonction constante de faits semblables. C'est donc de la perception d'une uniformité dans les séquences d'évènements qu'offre la nature que naît l'idée de cause.

Hume précise²⁰⁴ que cette uniformité que nous pouvons repérer dans les phénomènes naturels, nous la repérons également du côté des actions humaines. Ceci explique que, le plus souvent, nous ne sommes pas surpris des actes ou des réactions de ceux qui nous entourent. Nous pouvons même être en mesure de les prévoir, et donc de parvenir à coordonner nos actions individuelles jusqu'à créer

²⁰² Auguste Comte, *Philosophie des sciences*, textes choisis par J. Grange, Paris, Gallimard, « Tel », 1996, « Cours de philosophie positive », Leçon 1, p. 59.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ David Hume, *Enquête sur l'entendement humain*, 1748, trad. revue et corrigée par D. Deleule, Paris, Librairie Générale Française, « poche », 1999, en particulier la section VIII « De la liberté et de la nécessité ».

des actions collectives. Pour Hume, la raison en est que l'humanité ne change pas, et qu'il existe des principes stables de la nature humaine que l'on peut découvrir par l'observation des régularités des comportements humains. Deux voies, selon Hume, conduisent à ce constat et à cette conclusion : c'est d'abord, au niveau d'un individu, la voie de « l'expérience qui s'acquiert par une longue vie »²⁰⁵ ; c'est ensuite, au-delà de l'expérience que peut faire chaque individu ayant beaucoup échangé avec d'autres hommes, celle de l'histoire. Ainsi écrit Hume :

« L'humanité est si bien la même, en tous temps et en tous lieux, que l'histoire ne nous informe de rien de nouveau ni d'étrange en ce point. Son principal usage est seulement de découvrir des principes constants et universels de la nature humaine, en montrant les hommes dans toutes les variétés de circonstances et de situations, et en nous fournissant des matériaux d'où nous puissions former nos observations et prendre connaissance des ressorts réguliers de l'action et de la conduite humaine. »²⁰⁶

Hume concède toutefois que l'uniformité que l'on observe dans les phénomènes naturels ne peut certainement pas être poussée au même degré dans le domaine humain. On ne peut s'attendre à ce que les hommes agissent toujours et exactement de la même manière « sans qu'il y ait à tenir compte de la diversité des caractères, des préjugés et des opinions »²⁰⁷. On ne peut nier qu'il y ait bel et bien une variété des conduites humaines, liée à la diversité et à la complexité des circonstances qui entrent en jeu dans les conduites des hommes. Mais cette variété apparente se fait sur un fond d'uniformité. En effet, explique-t-il, quand bien même on remarque que l'éducation, les mœurs, les coutumes, et les époques donnent lieu à des conduites différentes, il reste néanmoins que c'est de manière uniforme que ces facteurs agissent sur la conduite humaine. C'est ainsi qu'il conclut que : « Le philosophe, s'il est conséquent, doit appliquer le même raisonnement aux actions et aux volitions des agents intelligent », car, ajoute-t-il, « les résolutions des hommes les plus irrégulières et les plus inattendues peuvent fréquemment être expliquées par ceux qui connaissent chaque circonstance particulière de leur caractère et de leur situation. »²⁰⁸

La régularité de succession des événements, qu'ils soient naturels ou humains fournit un fondement, selon Hume, au développement d'une réflexion proprement scientifique, et c'est sur ce même fondement que Comte entend mettre en œuvre sa philosophie positive. Le but de son entreprise philosophique est de donner à l'homme un savoir positif sur les phénomènes. Ce savoir positif, parce qu'il se fonde sur une connaissance des successions et des similitudes invariables entre phénomènes, rend l'homme capable de prévoir, d'anticiper, voire de *prédire* ces mêmes phénomènes. La notion de

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 169.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 168.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 170.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 173.

prévision est centrale dans les écrits du premier Comte²⁰⁹, et est reliée à l'idée d'un progrès des conditions de vie humaine : la connaissance des lois des phénomènes nous permet de les prévoir avec constance, et prévoir, c'est pouvoir contrôler davantage nos actions, et ainsi mieux maîtriser notre rapport au monde. On pense alors à la célèbre formule de la deuxième leçon du *Cours de philosophie positive* : « science, d'où prévoyance ; prévoyance, d'où action »²¹⁰.

Le domaine dans lequel l'esprit humain est le moins avancé est celui des phénomènes sociaux, qui constituent selon Comte une catégorie distincte à côté des phénomènes astronomiques, physiques, chimiques, et physiologiques. C'est pourquoi il assigne à son cours de philosophie positive le but spécial de fonder la *physique sociale*, chargée d'en produire la connaissance. Une fois celle-ci aboutie,

« le système philosophique des modernes sera enfin fondé dans son ensemble ; car aucun phénomène observable ne saurait évidemment manquer de rentrer dans quelqu'une des cinq grandes catégories dès lors établies des phénomènes astronomiques, physiques, chimiques, physiologiques et sociaux. Toutes nos conceptions fondamentales étant devenues homogènes, la philosophie sera définitivement constituée à l'état positif [...]. »²¹¹

L'objectif de Comte est de parvenir à une homogénéisation des différentes sciences, tant naturelles que sociales. C'est même cette homogénéité qui signe le passage à l'état positif de la science et de la philosophie. Il faut souligner ici que cette homogénéité qui est attendue entre les différentes régions de notre savoir ne signifie pas chez Comte qu'on doive nécessairement parvenir à une identité de tous les phénomènes. En effet, explique-t-il, l'idéal de la philosophie serait de parvenir à unifier *tous* les phénomènes observables sous *une* seule et même loi : il s'agit donc bien là d'un idéal réductionniste défendu par Comte. Or cet idéal, étant donné l'état des connaissances humaines est, à l'époque de Comte comme à la nôtre, pour le moment hors de portée. Pour autant précise Comte, si cette unité des phénomènes ne peut être assurée, reste que peut être assurée une unité des méthodes et des doctrines. C'est donc bien avec Comte qu'apparaît le programme du monisme méthodologique, c'est-à-dire d'une unification de l'ensemble des théories scientifiques, sous une seule et même méthode, la méthode de l'explication positive par la subsumption de tous les phénomènes observables sous des lois générales de la nature. C'est en ce sens qu'il défend le projet d'une unification des sciences sociales et des sciences naturelles. Les sciences naturelles, bien que plus avancées que les théories sociales du point de vue de l'efficacité de leurs méthodes, ne disposent pas selon Comte, d'un point de vue suffisamment général permettant de s'appliquer aux faits sociaux, et chacune d'entre elles se cantonne à une région très spécifique de phénomènes. Même en les combinant toutes, elles seraient

²⁰⁹ On laisse ici de côté le *Système de politique positive* (1851-1854) et l'on se fonde plutôt sur les *Cours de philosophie positive* (1830-1842).

²¹⁰ Auguste Comte, *op. cit.*, « Cours de philosophie positive », Leçon 2, p. 90.

²¹¹ *Ibid.*, Leçon 1, p. 64-65.

dans l'incapacité de rendre compte des phénomènes sociaux. Mais à l'inverse, les sciences sociales naissantes sont encore bien trop métaphysiques dans leurs méthodes, et manquent de la positivité qui assure aux sciences naturelles la continuité de leurs progrès. Voilà pourquoi, souligne Comte, les sciences sociales sont nécessaires aux sciences naturelles, et inversement : les premières doivent fournir aux sciences naturelles le point de vue global qui leur manque, et les secondes doivent fournir aux sciences sociales en formation les méthodes qui leur font défaut.

Précisons enfin, concernant Comte, que dans son tableau général de la philosophie positive, de son programme et de sa méthode, ce dernier critique très vigoureusement les velléités de la psychologie à occuper une place dans le système de philosophie positive et va jusqu'à l'en écarter. Il lui dénie la capacité de formuler, de manière fondamentale et indépendamment de tout ancrage physiologique, les lois logiques qui gouvernent l'esprit humain. La psychologie qu'il vise ici est celles de l'école spiritualiste française, représentée notamment par Maine de Biran. Il considère la méthode de la psychologie comme illusoire : selon lui, la méthode introspective, fondée sur une « observation intérieure », est dénuée de tout fondement scientifique. Car en effet, de même que l'œil ne peut se voir, l'esprit humain ne peut observer ses propres phénomènes, mais seulement les phénomènes qui lui sont extérieurs²¹². Mais, comme le souligne Annie Petit dans son article intitulé « Conflits et renouveau de la psychologie comtienne »²¹³, si Comte refuse à la psychologie, telle qu'elle est conçue à son époque, un quelconque droit à la positivité, il n'entend pas abandonner son domaine propre de recherche ni les questions auxquelles elle est censée répondre. Et en effet, bien que la psychologie soit refoulée du système des sciences comtien, les questions que nous dirions être psychologiques restent centrales dans sa réflexion. Ainsi réfléchit-il dans nombre de ses ouvrages à la manière dont on pourrait établir une théorie de la formation des idées, et expliquer les phénomènes affectifs, intellectuels, et moraux dans leur ensemble. Pour ne prendre qu'un exemple, on peut rappeler que la célèbre « loi des trois états » se comprend comme une loi du développement de l'esprit humain, et que sa découverte ne se sépare pas d'une certaine introspection. On l'aperçoit lorsque Comte écrit à son propos, dans ses « Considérations philosophiques sur les sciences et les savants » :

²¹² « Cette prétendue méthode psychologique est donc radicalement nulle dans son principe. Aussi, considérons à quels procédés contradictoires elle conduit immédiatement ! D'un côté, on vous recommande de vous isoler, autant que possible, de toute sensation extérieure, il faut surtout vous interdire tout travail intellectuel ; car, si vous étiez seulement occupés à faire le calcul le plus simple, que deviendrait l'observation *intérieure* ? D'un autre côté, après avoir enfin, à force de précautions, atteint cet état parfait de sommeil intellectuel, vous devrez vous occuper à contempler les opérations qui s'exécuteront dans votre esprit lorsqu'il ne s'y passera plus rien ! », *ibid.*, p.73.

²¹³ Michel Bourdeau et François Chazel (dir.), *Auguste Comte et l'idée des sciences humaines*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 85-111.

« Aujourd'hui, tout homme au niveau de son siècle constatera facilement sur lui-même qu'il a été naturellement théologien dans son enfance, métaphysicien dans sa jeunesse et physicien dans sa virilité. »²¹⁴

On le voit donc, si Comte ne veut pas d'une psychologie fondée entièrement sur un regard interne porté sur soi, cela ne signifie pas qu'il ne veut pas de psychologie du tout, comme en témoigne le fait que lui-même ne se départit pas d'un certain vocabulaire et questionnement psychologique. Ce qu'il souhaite, c'est une psychologie entièrement revisitée, à partir d'une méthode nouvelle. Il appartient, selon Comte, à la physiologie et à la physique sociale, autrement dit à la biologie et à la sociologie, de répondre aux questions « psychologiques ». La première doit le faire par une étude des fonctions cérébrales de l'homme, la seconde par une étude de la société sans laquelle on ne peut, selon Comte, comprendre l'individu.

Unité de méthode et unification des théories sont donc les maîtres mots du positivisme comtien. Ils vont de pair avec l'idée d'une prévision et donc d'une maîtrise accrues de notre environnement grâce au progrès des connaissances scientifiques et à leur organisation ordonnée.

Cette dimension est capitale, on le verra, lorsqu'il s'agit d'expliquer la décision judiciaire, puisque souvent, ce qui intéresse l'usager en particulier, c'est d'anticiper la décision qui sera rendue le concernant. La possibilité de prévoir le genre d'issue qui sera donné à une affaire peut par exemple inciter un individu à enclencher une procédure, comme au contraire à abandonner cette option faute de pouvoir espérer un succès. C'est bien ce genre d'information que recherche quelqu'un qui commence par prendre conseil auprès d'avocats, ou que cherchent de plus en plus à offrir les nouvelles plateformes de justice numérique, en traitant des données juridiques incomparablement plus vastes permettant de faire apparaître des tendances claires sur l'issue de situations juridiques types. Cette idée que l'objectif n'est pas de prédire à coup sûr une issue ou un résultat mais une tendance, est approfondie dans les travaux de John Stuart Mill qui certes, reprend le programme positiviste de Comte, mais surtout le nuance et l'affine.

Dans son *Système de logique déductive et inductive* paru en 1843, et en particulier dans le livre VI intitulé « De la logique des sciences morales », Mill part d'un constat très similaire à celui de Comte concernant l'aspect lacunaire de ce qu'il nomme les sciences morales, par contraste avec les sciences naturelles. Il nous faut, avant d'entrer plus avant dans le projet de défense par Mill des sciences morales en tant qu'authentiques sciences, préciser ce qu'il faut ici entendre par « *moral sciences* ». Les sciences morales, que la tradition allemande a ensuite traduit par le terme *Geisteswissenschaften*, peuvent être décrites en un sens très large comme des sciences mentales ou

²¹⁴ Auguste Comte, *Système de politique positive (1851-1854)*, Paris, Anthropos, 1970, t. IV, Appendice, p.138.

sciences du mental. Elles se comprennent ainsi avant tout par opposition aux sciences physiques et naturelles, et veulent élaborer une réflexion sur l'esprit humain, ses lois propres, ainsi que ses expressions et ses productions, tant éthiques que sociales et politiques. Toutefois, comme le souligne Julien Vincent :

« Au-delà de cet accord minimal, ni les frontières ni le contenu et l'architecture interne de cet ensemble de disciplines ne fait l'objet d'un consensus. Tout au long du XIX^e siècle, la définition des sciences morales ne cessera de poser problème. »²¹⁵

En effet, tout au long de ce siècle, ce que l'on met sous le nom de sciences morales (et politiques) varie en fonction des pays concernés et des décennies prises en compte. L'émergence et l'organisation de ce nouveau champ de savoirs est l'objet de luttes et de rivalités, aussi bien avec les sciences naturelles déjà instituées, qu'entre les disciplines qui prétendent à être considérées comme des sciences morales et politiques. Cette concurrence s'effectue tant sur un front intellectuel qu'institutionnel. Si, dans la plupart des pays, l'incorporation de la philosophie et de ses différentes composantes sous l'étiquette des sciences morales et politiques ne pose pas de problème, celle de disciplines comme la psychologie ou la sociologie, en cours de construction, ou encore l'économie politique, l'histoire, la géographie et le droit, diversement représentées et organisées, est plus problématique. Ainsi en France, entre la création en 1795 de la classe de sciences morales et politiques au sein de l'Institut de France, interrompue dès 1803, la remise en œuvre de ce projet par Guizot en 1832 dans le cadre de l'Académie royale des sciences morales et politiques, et l'Académie des sciences morales et politiques actuelle, de profonds changements ont eu lieu, ce qui nous permet de mesurer l'ampleur de la refonte de l'idée de sciences morales et politiques opérée (avec l'apparition de la sociologie par exemple) et des luttes qui y ont présidé²¹⁶. De la même manière, du côté anglais, les disciplines enseignées sous le nom de sciences morales et politiques à Cambridge évoluent beaucoup²¹⁷, et ce que Mill appelle les sciences morales n'est pas encore ce qui est enseigné et

²¹⁵ Julien Vincent, « Les “sciences morales politiques” : de la gloire à l'oubli ? Savoirs et politique en Europe au XIX^e siècle », in *Revue pour l'histoire du CNRS*, n°18, Automne 2007, p. 38-43.

²¹⁶ Comme le rappelle J. Vincent, en 1795, étaient considérées comme des sciences morales et politiques : l'analyse des sensations et des idées, l'éthique, la science sociale et la législation, l'économie politique, l'histoire et la géographie. Sous l'impulsion de Guizot et de Victor Cousin, à l'Académie royale des sciences morales et politiques, sont ensuite abandonnés les présupposés sensualistes sur lesquels devait se fonder la science morale dans sa version de 1795, au profit de l'étude de l'âme et de la philosophie morale, de sorte que les cinq sections qui, en 1832, constituaient cette académie étaient : la philosophie ; la morale ; la législation, le droit public, et la jurisprudence ; l'économie politique et statistique ; l'histoire générale et philosophique. Actuellement, les sections de cette académie sont la philosophie ; la morale et la sociologie ; l'économie politique, statistique et les finances ; l'histoire et la géographie.

²¹⁷ J. Vincent rappelle qu'en 1848, à Cambridge, le « *Moral Science Tripos* » contient la philosophie morale et politique, le droit civil et le droit commun, l'économie politique, l'histoire moderne. En 1871, il contient cette fois-ci la logique et la science mentale, la philosophie morale et politique, l'économie politique, l'histoire de la philosophie.

considéré comme tel à Cambridge, sa vision des sciences morales étant considérée comme bien trop empiriste et bien trop radicale.

On le voit donc, la notion de sciences morales, qui précède celle de sciences humaines, désigne moins un champ constitué de savoirs et de disciplines établis et ayant une expression institutionnelle stable qu'un champ de réflexion en train de se construire dont les frontières et l'architecture interne sont à l'étude. Il reste néanmoins que ces sciences morales et politiques, durant tout le XIX^e siècle, partagent malgré tout un objectif commun, celui de développer les différentes branches de la connaissance de l'homme dans le but de contribuer au progrès social et politique. L'idée est de faire en sorte que la réflexion intellectuelle sur l'homme, constituée en sciences, puisse œuvrer à la résolution des problèmes politiques et sociaux rencontrés par les nations. Ainsi affirme J. Vincent en préambule de son article :

« Au XIX^e siècle les “sciences morales” sont un mot d'ordre à la fois scientifique et politique pour toute l'Europe. À une époque où l'idée de sciences “humaines” ou “sociales” ne s'est pas encore imposée, elles sont l'expression d'un ambitieux projet pour organiser toutes les sciences “non physiques” et pour les mettre au service du progrès humain. »

Mill s'inscrit tout à fait dans cette optique, mais donne un sens et un contenu assez particuliers aux sciences morales dont il prend la défense. Les sciences morales trouvent leur source dans la psychologie, et c'est ce qu'il nomme « Éthologie ou Science du caractère » qui en constitue le prolongement théorique :

« Ce nom pourrait peut-être, d'après son étymologie, être appliqué à la science entière de notre nature intellectuelle et morale ; mais si, comme c'est l'usage et comme il convient, nous employons le nom de Psychologie pour désigner la science des lois fondamentales de l'esprit, le nom d'Éthologie sera celui de la science ultérieure qui détermine le genre de caractère produit conformément à ces lois générales par un ensemble quelconque de circonstances, physiques et morales. »²¹⁸

Ainsi, selon Mill, le caractère d'un individu, ou d'un peuple, est le produit conjoint de lois générales de l'esprit et de circonstances particulières (éducation, coutumes, histoire personnelle et collective, etc.) qui en forment les causes. La science du caractère entend donc pouvoir expliquer *a posteriori* la conduite des individus soit pris isolément, soit en groupe, en la subsumant sous des lois générales psychologiques, et en prenant en compte un certain nombre de circonstances particulières ayant une influence sur les effets de ces lois. Elle entend également pouvoir dégager, par l'observation du fait qu'à certaines circonstances particulières succèdent de manière constante certaines conduites, des

²¹⁸ John Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive* (1843), trad. L. Peisse à partir de la 6^{ème} édition, Paris, Ladrangé, 1866, t.2, p. 456.

propositions énonçant des tendances de comportement, sous forme d'hypothèse, permettant d'escompter, à défaut de prévoir, que, certaines circonstances étant réunies, et au vu des lois générales de l'esprit, un certain type de comportement aura probablement lieu. L'idée est que, une fois le caractère d'un homme formé et ses dispositions acquises, et à condition que les circonstances dans lesquelles cet homme se situe actuellement et dans lesquelles son caractère s'est formé par le passé soient connues – ce qui est une condition rarement entièrement satisfaite –, ses actions et son comportement deviennent prévisibles.

Si les sciences morales telles que les conçoit Mill, et en particulier l'éthologie, ne parviennent qu'à la formulation d'hypothèses ou de grandes tendances concernant l'agir humain, à l'instar de Comte, il n'en tire pas argument pour remettre en cause leur prétention à la scientificité et va développer une défense de ces sciences destinée à montrer que les sciences morales sont des sciences au même titre que les sciences naturelles et qu'entre les deux, il y a non pas rupture mais bien continuité de méthode. Notons à cet effet que, contrairement à ce que pourrait laisser penser l'idée d'examiner la « logique des sciences morales », Mill insiste sur le fait que les sciences morales ne développent pas une réflexion ou une logique spécifiques par rapport aux autres sciences, et qu'entre elles et ces dernières, il n'y a aucune différence de nature. C'est là tout l'objectif que se propose le chapitre III du livre VI de son *Système de logique* qui est de montrer « Qu'il y a ou peut y avoir une science de la nature humaine ». Ainsi, comme le souligne Peter Winch :

« Mill ne croit pas véritablement qu'existe une “logique des sciences morales”. Leur logique est la même que celle de quelque autre science que ce soit et ce qui doit être entrepris, c'est l'élucidation de certaines difficultés procédant de leur application à l'objet propre aux sciences morales. »²¹⁹

La question est alors : quelles sont ces difficultés ? Mill en perçoit deux.

La première provient d'une mauvaise compréhension, dans l'opinion commune, de ce que signifie appliquer les méthodes des sciences de la nature aux sciences morales, et d'une réticence à voir les actions humaines rangées au rang de phénomènes naturels. Selon Mill, on a tendance à refuser de croire que les actions humaines puissent être considérées comme soumises à des lois invariables, de la même manière que tous les autres phénomènes naturels, car une telle croyance serait alors incompatible avec la doctrine de la liberté humaine. Ce refus pourrait provenir d'un certain orgueil humain, lié au fait que l'homme se pense comme un être à part au sein de la nature, et de la sensation qu'éprouverait chaque individu de se déterminer lui-même, et non d'être contraint par une quelconque nécessité lorsqu'il agit. Ceci renvoie à la controverse classique sur le libre arbitre où s'affronte d'une

²¹⁹ Peter Winch, *L'idée d'une science sociale et sa relation à la philosophie* (1958, 1990, seconde édition), trad. M. Le Du, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2009, p. 134.

part la doctrine selon laquelle on peut attribuer aux actions humaines un caractère de nécessité, et d'autre part la doctrine volitionniste, ou doctrine de la liberté, qui défend l'autodétermination de la volonté. La prise de position de Mill dans le débat qui divise les partisans de la doctrine de la nécessité à leurs opposants peut être à bon droit rapprochée de celle que développe Hume dans *l'Enquête sur l'entendement humain*, dans la section VIII consacrée à la question « de la liberté et de la nécessité ». Mill déploie en effet une argumentation très similaire à celle de Hume. Comme lui, il part d'abord de l'idée que si cette doctrine de la nécessité est tant contestée, ce n'est pas en raison de sa fausseté, mais parce que la notion de nécessité prête à confusion. Étant le plus souvent mal exprimée, elle est également le plus souvent mal comprise. Il s'agit donc davantage d'une querelle de mots, d'une controverse « abstruse » comme dirait Hume, que d'un problème philosophique de fond. C'est ainsi que Mill va, comme Hume, clarifier ce qu'il faut entendre par doctrine de la nécessité, et montrer en quoi cette doctrine n'est pas incompatible avec celle de la liberté humaine. Comment faut-il donc entendre l'idée que nos actions répondent à des causes provoquant invariablement les mêmes effets, ce qui les rendraient prévisibles dans une certaine mesure, et par conséquent, susceptibles de faire l'objet d'une science ? Ainsi répond Mill :

« étant donnés les motifs présents à l'esprit, étant donnés pareillement le caractère et la disposition actuelle d'un individu, on peut en inférer infailliblement la manière dont il agira ; et [...] si nous connaissons à fond la personne et en même temps toutes les influences auxquelles elle est soumise, nous pourrions prévoir sa conduite avec autant de certitude qu'un événement physique. [...] Celui qui croirait connaître à fond les circonstances d'un cas donné et les caractères des différentes personnes qui y figurent n'hésiterait pas à prédire de quelle façon chacune d'elle agira. [...] Et cette pleine assurance n'est nullement incompatible avec ce que nous appelons le sentiment de notre liberté. Que les personnes de qui nous sommes particulièrement connus soient parfaitement sûres de la façon dont nous agissons dans un cas déterminé, nous ne nous sentons pas moins libres pour cela. Au contraire, souvent un doute élevé sur notre conduite future est pour nous la preuve qu'on ne connaît pas notre caractère, et quelquefois même nous le prenons pour une injure. [...] Nous pouvons être libres, bien que d'autres personnes puissent être parfaitement certaines de l'usage que nous ferons de notre liberté. »²²⁰

Bien comprises, les actions humaines, selon Mill, sont tout aussi susceptibles d'être expliquées par des causes et des lois, et prédites, que tout autre phénomène.

Le problème souligne-t-il, c'est qu'en général, on a tendance à vouloir comprendre la relation de cause à effet non pas comme une simple succession invariable, certaine et inconditionnelle, mais comme le résultat d'une « contrainte mystérieuse²²¹ » que la cause exercerait de manière irrésistible sur son effet. Cette idée de contrainte mystérieuse, d'irrésistibilité du lien de la cause à l'effet est ce

²²⁰ John Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, op. cit., p. 419-420.

²²¹ *Ibid.*

qui nous retiendrait d'accepter que les actions humaines puissent être considérées comme ayant leurs causes. Or, de la même manière que Hume, Mill va montrer que cela renvoie à une conception erronée du rapport de causalité. On perçoit ce rapport comme une qualité qui se surajouterait aux phénomènes naturels et aux phénomènes mentaux, au lieu de la percevoir pour ce qu'elle est réellement et plus simplement, à savoir une uniformité de succession que notre esprit peut percevoir et à partir de laquelle il peut créer des inférences. Pour Mill, de même qu'on est certain, concernant les phénomènes mentaux, qu'il n'y a pas de contrainte mystérieuse agissant sur nos volitions et qu'on a la certitude qu'aucun motif ne peut agir sur notre volonté de telle façon qu'on ne puisse ni y résister ni agir autrement, de même aussi il faut admettre qu'il n'existe pas une telle contrainte pour les phénomènes naturels reliant de manière irrépressible et mystique les effets observables dans la nature à leurs antécédents causaux. La confusion qu'il faut dissiper se situe donc au niveau des significations attachées à l'idée de nécessité à laquelle on a tendance à attribuer à tort, et de manière systématique, l'idée d'irrésistibilité. Si c'est parfois et souvent le cas pour les phénomènes naturels, cela ne l'est pas forcément pour les actions humaines. Par exemple écrit Mill, la mort faute de nourriture ou d'air est une succession physique et causale nécessaire, mais « il en est d'autres qui, tout en étant, aussi bien que les premières, des cas de causation, ne sont pas dites nécessaires, comme la mort par empoisonnement qu'un antidote ou l'emploi d'une pompe stomacale peut quelque fois prévenir²²² ». C'est l'idée ici que pour des phénomènes complexes, différentes causes, plus ou moins connues de nous, peuvent entrer en ligne de compte et se faire obstacle ou contrecarrer mutuellement leurs effets, ce qui ne les rend pas moins nécessaires pour autant. Il y a donc bien pour lui une nécessité des causes qui gouvernent les actions humaines, sans pour autant que ce caractère nécessaire attaché aux actions humaines mette en doute l'idée de liberté humaine. La liberté n'est pas à comprendre comme l'autre de la nécessité, mais bien comme l'autre de la contrainte. Ainsi, selon la définition de Hume à laquelle Mill souscrit ici pleinement,

« par liberté, dès lors, nous ne pouvons entendre qu'*un pouvoir d'agir ou de ne pas agir, selon les déterminations de la volonté* : c'est-à-dire que, si nous choisissons de rester en repos, nous le pouvons ; si nous choisissons de nous mouvoir, nous le pouvons aussi. Or cette liberté hypothétique, on convient universellement qu'elle appartient à quiconque n'est point prisonnier et enchaîné. »²²³

Dès lors, le « nécessitarien » conséquent n'est pas un fataliste qui croirait que tout ce qui arrive, y compris ses propres actions, serait le « résultat infaillible des causes qui le produisent » ; il croit au contraire « que nos actions sont la conséquence de notre caractère et que notre caractère est la conséquence de notre organisation, de notre éducation et de toutes les circonstances de notre

²²² *Ibid.*, p. 422.

²²³ David Hume, *Enquête sur l'entendement humain*, op. cit., p. 184.

existence »²²⁴. Il croit également, et c'est essentiel, qu'il a jusqu'à un certain point, le pouvoir de modifier son propre caractère. Qu'un homme ait été formé par d'autres ne signifie pas qu'il n'ait pas été aussi celui qui s'est formé lui-même. Ainsi,

« son caractère est formé par les circonstances de son existence (y compris son organisation particulière), mais son désir de le façonner dans tel ou tel sens est aussi une de ces circonstances, et non la moins influente. »²²⁵

Cette capacité que nous avons de modifier notre caractère et d'en être conscient est ainsi ce qui fonde, selon Mill, notre liberté morale. De là, il peut alors conclure que si la volonté de chaque individu est déterminée en grande partie par des motifs tels que l'aversion et le plaisir, en partie acquis dans une éducation et en partie liés à notre complexion personnelle, elle l'est aussi par ce qu'il nomme des « desseins », des fins personnelles que nous nous donnons, des « habitudes de volonté » qui échappent à l'alternative simple entre plaisir et peine. Mill précise :

« C'est seulement quand nos desseins sont devenus indépendants des sentiments de peine et de plaisir qui leur ont primitivement donné naissance, qu'on peut dire que notre caractère est définitivement formé. [...] la volonté, une fois façonnée ainsi, peut être constante et invariable [...]. »²²⁶

Ainsi, une fois le caractère d'un individu formé, celui-ci devient prévisible ou au moins explicable, sous réserve d'une bonne connaissance des circonstances particulières dans lesquelles cet individu se situe. D'où la possibilité de l'éthologie, qui s'intéresse à l'individu tel qu'il a été formé, une fois son caractère et ses dispositions essentielles acquis. Il peut donc bien y avoir une science de la nature humaine, puisque cette nature répond à des lois générales et invariables de l'esprit, gouvernant la formation du caractère de chaque individu qui résulte de la rencontre de ces lois et de l'influence de circonstances extérieures, elles aussi gouvernées par ces mêmes lois. Affirmer qu'il y a bien causation et détermination de notre volonté – par des motifs liés à des affections de plaisir et de peine, par des desseins et par des dispositions ou des propensions particulières – ne remet pas en cause la liberté de l'individu, puisque l'aspect nécessaire attaché aux actions humaines ne se comprend pas comme l'effet d'une contrainte extérieure, et que l'individu prend part, ou comme le dit Mill « coopère », à la formation de son propre caractère.

Une fois levée cette première difficulté, liée à l'idée que l'application des méthodes des sciences de la nature aux sujets moraux reviendrait à nier le caractère proprement humain – la liberté – de l'homme, il en reste une seconde, plus méthodologique, à laquelle répond également Mill, et qui

²²⁴ John Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, op. cit., p. 423.

²²⁵ *Ibid.*, p. 423-424.

²²⁶ *Ibid.*, p. 427.

concerne, cette fois-ci, le déficit explicatif des sciences morales : celles-ci ne parviennent pas à proposer des propositions universelles exactes et n'ont qu'un pouvoir prédictif limité. Mill y répond en montrant que cette inexactitude à laquelle sont soumises les sciences morales n'est pas un défaut qui leur est propre, et que la plupart des sciences naturelles en souffrent tout autant, sans que cela ne nous donne même l'idée de remettre en cause leur scientificité. En effet, concernant les phénomènes naturels, Mill remarque qu'on considère qu'ils répondent à des lois, et qu'en conséquence, on estime pouvoir en faire la science, lors même que l'on n'a pas encore découvert les lois de succession qui en sont à l'origine et que l'on ne parvient pas à les prédire de manière fiable. Il en est ainsi de la météorologie par exemple ou encore de la science des marées. Concernant cette dernière, Mill souligne qu'on connaît assez bien les causes primaires et générales qui président au mouvement des marées, mais que les causes secondaires qui permettent d'établir des prévisions de ce qui pourra exactement se passer sont le plus souvent inaccessibles à l'observation et dépendent d'une trop grande multiplicité de circonstances locales et accidentelles. C'est ce qui fait que la science des marées n'est pas encore parvenue au statut de science exacte, ce qui ne l'empêche pas pour autant d'être une science. Il en va de même, selon Mill, de la science de la nature humaine, pour laquelle il ne voit « aucune raison pour qu'elle ne soit pas une science comme l'est celle des marées, ou même comme l'était l'Astronomie lorsque ses calculs n'embrassaient encore que les phénomènes principaux, et non les perturbations »²²⁷. Ainsi les pensées, les sentiments et les actions ont bien leurs causes, même si les données les concernant sont pour nous incomplètes puisqu'elles résultent de circonstances variées, telles que l'éducation, l'histoire personnelle de chaque individu, etc., et qu'aucun individu ne se trouve jamais dans la même situation qu'un autre.

Par conséquent, les propositions énoncées par la science de la nature humaine doivent être comprises comme des lois *ceteris paribus*, c'est-à-dire comme des lois dont les généralisations approximatives valent comme des généralisations exactes. Autrement dit, à la différence de celles des sciences de la nature²²⁸, les lois des sciences morales sont considérées comme non-strictes : elles n'ont de valeur que relativement à des conditions particulières, ou bien sont tributaires de conditions particulières dont on ne peut que très rarement avoir une connaissance pleine et entière. Cela signifie que les conditions exprimées à titre de prémisses de l'explication causale ajoutées à des lois *ceteris paribus* ne sont pas nécessairement des conditions suffisantes pour rendre compte d'un effet, et

²²⁷ *Ibid.*, p. 430.

²²⁸ Ce qui n'est pas le cas en réalité, on en reparlera plus loin : les sciences naturelles elles-mêmes admettent bon nombre de lois *ceteris paribus*. C'est ce que défend par exemple Hempel en disant qu'une majorité de lois dans une majorité de sciences comportent des restrictions *ceteris paribus* cachées, et qu'elles valent en l'absence de toute interférence possible. Par exemple, la loi de la chute des corps vaut à condition qu'une interférence particulière de type magnétique par exemple ne viennent pas troubler la chute d'un corps en particulier.

qu'elles admettent des exceptions. Toutefois, ces exceptions ne remettent pas en cause l'exactitude des lois prises en considération (lois de l'esprit et lois de l'influence des circonstances sur l'esprit), mais soulignent le défaut de connaissance des circonstances influant sur ces lois. Cela n'empêche donc pas cette science qu'est l'Éthologie d'être une « Science Exacte de la Nature Humaine » :

« Ici cependant (comme dans tous les cas de phénomènes complexes) il est nécessaire pour l'exactitude des propositions qu'elles soient purement hypothétiques, et qu'elles affirment des tendances, non des faits. Elles ne doivent pas déclarer que quelque chose arrivera toujours, ou certainement, mais seulement que l'effet d'une cause donnée sera tel ou tel, tant qu'elle opérera sans être contrariée. C'est une proposition scientifique que la force musculaire tend à rendre les hommes courageux, mais non qu'elle les rende toujours tels ; qu'un intérêt dans l'un des côtés d'une question tend à faire pencher le jugement dans ce sens, mais non qu'il a toujours ce résultat ; que l'expérience tend à donner la sagesse, mais non qu'elle la donne toujours. Ces propositions, n'affirmant que des tendances, n'en restent pas moins universelles quoique les tendances puissent ne pas aboutir. »²²⁹

Même si les sciences morales ne parviennent effectivement jamais à connaître avec exactitude les circonstances d'un cas donné et ne peuvent jamais prédire exactement ce qui en résultera, les indications de tendances qu'elles nous fournissent sont extrêmement précieuses, en ce qu'elles ont une grande valeur pratique.

Dans le domaine de la justice, on l'a souligné, la connaissance de ces tendances est cruciale pour les différents intervenants de la sphère du droit. Le juge, pour participer à l'homogénéité des décisions de justice et à leur intelligibilité, a besoin d'avoir une connaissance, même informelle, de ce que décident les autres juges dans une situation similaire à la sienne. C'est en ce sens que l'un des types de raisonnements les plus classiques utilisé par les juges est le raisonnement par analogie. Cela n'empêche certes pas un juge de prendre une décision apparemment inattendue, estimant que certains éléments particuliers d'une affaire rompent l'analogie que l'on serait habituellement tenté de faire avec d'autres affaires. Du côté des avocats, une connaissance de l'issue probable d'une affaire et de la manière dont elle sera traitée par un tribunal, pondérée par une juste estimation des circonstances, pourra lui permettre de dispenser des conseils efficaces et de préparer avec pertinence un éventuel procès. Enfin, l'usager non professionnel du droit sera d'autant moins naïf dans ses démarches et dans ses attentes qu'il pourra bénéficier d'une telle connaissance du contexte judiciaire dans lequel il se situe. Il prendra ainsi moins le risque d'être surpris par les décisions qui seront prises le concernant et qui peuvent avoir une influence majeure sur le cours de son existence. C'est par exemple bien une connaissance de ce type que l'on développe lorsque l'on hésite avant d'aller en justice en faisant

²²⁹ *Ibid.*, p. 457-458.

valoir des délais très longs de traitement ou le fait que certaines affaires seraient presque perdues d'avance.

De manière plus générale, les indications de tendances que peuvent fournir les sciences morales telles que les décrit Mill doivent nous permettre soit de mieux nous préparer à des événements qui la plupart du temps ne manqueront pas de se produire, soit d'agir sur certaines conjonctions de circonstances dont on connaît bien les effets, pour mieux les contrôler, en réduire les méfaits ou en augmenter les bienfaits. On retrouve bien ici l'idée que les sciences morales sont reliées à des problématiques politiques et sociales auxquelles elles cherchent des réponses et pour lesquelles elles tentent de trouver des moyens d'action en vue d'un progrès, tant pour l'homme pris individuellement que pour l'homme considéré dans son environnement social et politique.

Cette particularité des sciences de la nature humaine étant entendue, il n'y a alors pour Mill aucune raison d'établir une brisure entre deux familles de sciences différentes, ou d'exclure les sciences morales du domaine de la science. Ce qui, par ailleurs, lui permet d'établir une continuité entre les sciences naturelles d'une part et les sciences morales d'autre part, c'est la psychologie, et c'est là l'une des différences fondamentales que l'on peut repérer entre le positivisme de Comte et celui de Mill. Ces différences très importantes sur le statut que l'on peut accorder à une science telle que la psychologie, qui est alors en pleine construction tant disciplinaire qu'institutionnelle, montre à quel point l'architecture du champ des sciences morales est, au XIX^e siècle, inchoative et balbutiante. Par contraste avec Comte, Mill rétablit la psychologie comme une authentique science de l'esprit et en fait la pierre de touche des sciences morales. C'est bien de la psychologie comme science première que dépend l'éthologie, qui, selon Mill, reste une science à faire, et dont il nous dessine, dans le *Système de logique*, le programme. Pour lui, une science de la nature humaine ne doit pas s'envisager, comme pour Comte, uniquement par le biais de la physiologie d'un côté, et de la sociologie de l'autre, mais aussi et fondamentalement, par le biais de la psychologie. L'un de ces arguments principaux consiste à remarquer qu'il existe des successions observables entre les différents états de l'esprit humain, et qu'on ne peut pas toujours référer ces successions à des états du corps – un changement d'état mental peut être entraîné par un autre état mental. D'où la nécessité d'établir une science de l'esprit distincte et séparée de la physiologie, sans pour autant rompre tout lien entre ces sciences. Pour Mill, les états de notre esprit, sont, comme tous les autres phénomènes, soumis à des déterminations et susceptibles d'être subsumés par des lois générales de l'esprit qui constituent l'objet de la psychologie. Ces lois occupent une place fondamentale dans l'explication des phénomènes mentaux, quand bien même la multiplicité des influences et des circonstances avec

lesquelles ils interagissent rend les prédictions à leur sujet difficiles. On comprend alors que l'éthologie entretienne d'étroits rapports de dépendance avec la psychologie²³⁰.

Cette conception-là de la psychologie et de l'éthologie, associée au fait que Mill attribue à l'homme la capacité de « coopérer » à sa propre formation, et donc d'exercer une influence importante sur celle-ci, conduit ce dernier à s'opposer fermement à ceux qui croient que les différences mentales que l'on peut repérer entre différents individus résultent de faits primitifs que l'on ne pourrait ni expliquer ni modifier. Pour lui, ces différences mentales ont très sûrement, pour une part, une origine physiologique, et seraient le fait de certaines causes organiques exerçant une influence directe sur nos états mentaux, par le biais de connexions nerveuses entre la structure cérébrale de l'homme et ses états mentaux. Mais ces « instincts », comme il les appelle, « peuvent être modifiés indéfiniment ou entièrement vaincus, chez les êtres humains du moins, par d'autres influences mentales et par l'éducation »²³¹. La part physiologique ne suffit en aucun cas à rendre compte du caractère d'un individu et des comportements qui en découlent.

Si on revient à un point de vue plus global sur le rapport entre sciences morales et sciences naturelles, on peut remarquer que la position de Mill apparaît très équilibrée. Il préserve une différence intrinsèque aux sciences morales en leur réservant la possibilité de n'être qu'approximatives sans leur en tenir rigueur et sans remettre en cause leur scientificité, et dans le même temps, il prend bien soin de faire de cette différence une simple différence de degré, et non de nature. Il prône ainsi une unité et une identité méthodologiques entre les sciences, sans pour autant gommer les spécificités des sciences morales. Pourtant, cela ne suffit pas à convaincre l'ensemble des théoriciens des sciences morales puis humaines naissantes, qui, pour certains estiment nécessaire de réclamer pour ces sciences un tout autre statut, et une méthode propre.

²³⁰ Mill écrit par exemple : « Tandis que, d'une part, la Psychologie est entièrement, ou principalement, une science d'observation et d'expérimentation, l'Éthologie, comme je la conçois, est, je l'ai déjà remarqué, entièrement déductive. L'une a pour objet de reconnaître les lois simples de l'esprit en général, l'autre cherche à en suivre l'opération dans les combinaisons complexes de circonstances. Le rapport de l'Éthologie à la Psychologie est fort analogue, à celui des diverses branches de la philosophie naturelle à la mécanique. », *ibid.*, p. 458.

²³¹ *Ibid.*, p. 445.

2. La réponse des anti-positivistes et l'idée de sciences de l'esprit

Comme le souligne Georg Henrik von Wright dès les premières pages de *Explanation and Understanding*²³², la riposte anti-positiviste voit le jour à la fin du XIX^e siècle. Le nom d'idéalisme a parfois été donné à ce mouvement, mais il ne caractérise que certaines branches de ce courant dont les personnalités représentatives sont assez hétérogènes. Von Wright cite ainsi Droysen, Dilthey, Simmel, Weber, Windelband, Rickert, Croce et Collingwood. Ces différents penseurs sont liés premièrement par un même rejet, celui du monisme méthodologique défendu par le positivisme : ils refusent de voir dans les sciences naturelles le seul et unique modèle de compréhension du monde. Elles ne sont pas le seul idéal de connaissance possible, ni même le meilleur. Ils se rejoignent également pour défendre la thèse selon laquelle il existe une différence qu'on ne peut ni ne doit oublier entre d'une part les sciences naturelles, qui cherchent à établir des généralisations à partir de l'observation de phénomènes prédictibles, et d'autre part les sciences dites de l'esprit, qui ne sont pas encore à proprement parler ce que nous appelons désormais les sciences humaines, et qui cherchent davantage à saisir des individualités et rendre compte de leur caractère unique, et non reproductible. C'est ainsi que Droysen, dans son *Précis de théorie de l'histoire*²³³, établit une distinction qui restera célèbre entre, initialement, trois types de méthodes, qui instaurent trois types de sciences : l'*erkennen*, l'*erklären*, et le *verstehen*²³⁴, qui renvoient respectivement à des méthodes distinctes en philosophie, en physique et en histoire. C'est la dichotomie entre « *erklären und verstehen* », en anglais « *explanation and understanding* », qu'on a traduite par « expliquer et comprendre » qui sera reprise et systématisée par Wilhelm Dilthey comme fondatrice d'une distinction entre les sciences de la nature et les sciences de l'esprit. C'est en partie pour cette raison que l'on considère généralement l'œuvre philosophique de Dilthey comme un point de référence dans l'histoire de la constitution des sciences de l'esprit par opposition aux sciences de la nature, et donc, à terme, dans la lente histoire de la constitution des sciences humaines en tant que champ de réflexion autonome. Pour cette raison aussi, nous choisissons de rendre compte de sa position avec précision, car elle peut être considérée comme une voix à la fois essentielle et caractéristique du débat entre sciences de la nature et sciences non naturelles.

Le point de départ de la réflexion de Dilthey est double, en ce qu'il présente un premier versant négatif ou critique, et un second versant positif ou constructif, ces deux aspects étant étroitement liés.

²³² Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*, op. cit.

²³³ Johann Gustav Droysen, *Précis de théorie de l'histoire* (1858), trad. A. Escudier, Paris, Cerf, « Humanités », 2002.

²³⁴ C'est-à-dire connaître, expliquer et comprendre.

Il s'agit en effet d'abord pour Dilthey d'affirmer sans détour l'incapacité des philosophies de son époque à fournir un cadre épistémologique acceptable et fécond pour encadrer les différentes sciences ayant pour objet l'homme, la société et l'histoire. Sur ce point, les positions philosophiques qu'il entend attaquer sont d'une part la philosophie de l'histoire de tradition allemande²³⁵, et d'autre part ce qu'il nomme la « sociologie » de Comte et de Mill, autrement dit, le positivisme. Dans la discussion qu'il entreprend des systèmes défendus par Comte et Mill, il s'inscrit principalement en faux contre leur thèse de la subordination des sciences consacrées à l'homme, à la société et à l'histoire, aux sciences de la nature et à leurs méthodes. Il s'agit ensuite pour Dilthey de manière plus constructive, de tirer les conséquences de sa critique du positivisme et d'affirmer quant à lui sa volonté de fonder un domaine scientifique autonome par rapport aux sciences de la nature, permettant d'unifier les sciences particulières déjà existantes qui concernent l'homme, la société et l'histoire. C'est ainsi que dans son ouvrage de 1883 intitulé *Introduction aux sciences de l'esprit*, son problème fondamental consiste à se demander « comment fonder [ces sciences] par une théorie de la connaissance, justifier et étayer leur configuration autonome, tout en excluant définitivement la subordination de leurs principes comme de leurs méthodes à ceux des sciences de la nature ? »²³⁶, et qu'en réponse, il cherche à montrer que ces sciences ont bien un fondement, une structure, un objet et une méthode qui leur sont propres.

Son objectif étant clairement explicité, il remarque en premier lieu qu'il n'existe pas de dénomination commune permettant de regrouper sous une même appellation l'ensemble des sciences qui ne sont pas les sciences de la nature. Suivant en cela les récentes traductions allemandes du *Système de logique déductive et inductive* de Mill, qui proposent le terme de « *Geisteswissenschaften* » pour rendre l'expression « *Moral Sciences* », et constatant que ce terme est « devenu usuel et compréhensible par chacun », Dilthey propose de le conserver, celui-ci lui paraissant finalement le « moins inadéquat »²³⁷. Ainsi se systématisait l'emploi de l'expression « *Geisteswissenschaften* » ou « sciences de l'esprit », à partir de l'œuvre de Dilthey. Il apparaît effectivement essentiel de pouvoir nommer et donc identifier ces sciences dont il s'agit de montrer l'autonomie.

²³⁵ Nous ne nous attarderons pas sur ce débat, que Dilthey traite pourtant abondamment, puisqu'il est davantage interne aux sciences « humaines ». Sur ce point, on peut lire en particulier les chapitres XIV à XVI dans *Œuvres 1, Critique de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes* (1883), trad. Sylvie Mesure, Paris, Cerf, 1992.

²³⁶ W. Dilthey, *Œuvres 1, Critique de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes* (1883), trad. Sylvie Mesure, Paris, Cerf, 1992, p. 270.

²³⁷ *Ibid.*, p. 158.

Par sciences de l'esprit, nous dit Dilthey, il faut entendre « l'ensemble des sciences qui ont pour objet la réalité historique et sociale »²³⁸. Cet objet s'offre comme une totalité faite de faits spirituels, de faits de conscience, qui comme tels constituent un domaine d'expérience à part du domaine constitué par les faits de la nature. Dilthey distingue deux types de faits spirituels : ceux que la pensée construit à partir du matériel fourni par les sens, et ceux qui sont donnés de manière immédiate, sans passer par les sens, dans l'expérience interne. De l'ensemble de ces faits spirituels, Dilthey affirme la chose suivante :

« Un règne spécifique d'expériences prend ainsi naissance, qui trouve son indépendance d'origine et son matériel dans l'expérience vécue interne, et qui, pour ces raisons, est tout naturellement l'objet d'une science particulière d'expériences. Et aussi longtemps que quelqu'un ne viendra pas prétendre qu'il est à même de déduire, et par là de rendre plus connaissable, cet ensemble composé d'états passionnés, d'imagination poétique, et de pensée créatrice que nous désignons comme la vie de Goethe, et cela à partir de la structure de son cerveau ou des propriétés de son corps, l'indépendance d'une telle science restera incontestable. Et comme ce qui existe pour nous n'existe qu'en fonction de cette expérience interne, que ce qui a une valeur ou ce qui constitue une fin ne nous est donné que dans l'expérience vécue de notre sentiment et de notre volonté, il s'ensuit que c'est dans cette science que sont inclus les principes de notre connaissance [...] et les principes de notre action. »²³⁹

Dilthey refuse donc tout ce qui pourrait nous ramener à une forme de réductionnisme des états spirituels à des états du corps, et soutient au contraire un dualisme radical entre le monde spirituel des expériences vécues et le monde de l'expérience sensible, considérés comme incommensurables. La condition préalable à l'étude de ce domaine à part entière qu'est le monde spirituel des expériences vécues, est une étude de l'individu, conduite par une psychologie et une anthropologie. Cette étude de l'individu, selon Dilthey, ne doit pas être comprise comme une étude de la rationalité humaine, ou de l'équipement spirituel primaire dont disposerait tout individu de manière innée. Elle n'a de sens que si elle comprend l'individu à la fois comme un être ayant des affects et comme un être nécessairement pris dans un système social. En effet, Dilthey comprend l'individu comme « un homme tout entier », c'est-à-dire « un être qui veut, qui sent, et qui a la faculté de représentation », en même temps qu'un individu pris dans un monde social et historique duquel il fait partie intégrante. Car, comme le formule Dilthey avec une élégance qui ne masque pas son ironie, « dans les veines du sujet connaissant tel que Locke, Hume et Kant le construisirent ce n'est pas du sang véritable qui coule »²⁴⁰. Or d'une part pour lui, l'individu ne peut être pensé du point de vue de ses facultés de représentation et de raison en faisant abstraction de sa volonté et de ses sentiments, et d'autre part,

²³⁸ *Ibid.*, p. 157.

²³⁹ *Ibid.*, p. 161-162.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 149.

l'analyse de l'individu « entier » ne peut être abstraite de celle de la société dans laquelle il vit. Contre les théories constructivistes de son époque, qui pensent l'individu en le déduisant du tout de la société, ou construisent la société en partant du fait de l'individu, Dilthey fait de l'individu une unité psychophysique qui n'existe pas indépendamment d'une réalité socio-historique.

On doit donc partir d'une psychologie et d'une anthropologie constituant l'étude de l'individu, mais on ne doit pas s'y arrêter, puisque l'individu n'a de sens que par rapport à la totalité socio-historique vivante à laquelle il participe, dans laquelle il agit et qui en retour agit sur lui. C'est ainsi que Dilthey rappelle tout d'abord que tout individu, de par sa naissance et sa localisation géographique appartient à une communauté, un peuple, une nation qui s'étend sur plusieurs générations et crée des relations de ressemblances entre certains groupes d'hommes. Ces ressemblances permettent la vie en communauté, le développement d'actions collectives et réciproques entre hommes, qui font que les individus se voient plongés dans ce qu'il appelle des « systèmes culturels » propres à cette communauté comme l'art, la religion, ou encore le droit. Enfin, ces systèmes culturels contribuent à former des structures durables, comme des associations, des rapports de propriété, de souveraineté, ou des États, qui agissent réciproquement sur ces systèmes culturels. À ces trois aspects que nous venons d'énoncer correspondent pour Dilthey trois types de sciences : l'ethnologie, la science des systèmes culturels et la science de l'organisation extérieure de la société. Ces différentes sciences, qui se distinguent par leur objet, sont indissociables les unes des autres. Prises isolément, elles ne sont pas représentatives de la réalité concrète, et c'est seulement de leurs relations mutuelles et de leurs relations avec la réalité socio-historique qu'elles tirent leur valeur de vérité. Ainsi :

« jamais ne doit être oubliée la relation qui unit le contenu partiel isolé, pour ainsi dire comme une préparation anatomique, à l'organisme que constitue la réalité et dans lequel on sent la pulsion de la vie ; bien plus, seule la connaissance de cette relation peut donner aux concepts et propositions leur forme précise et la valeur de connaissance qui leur revient. Ce fut l'erreur fondamentale de l'école abstraite que de laisser échapper le rapport du contenu partiel abstrait à la totalité vivante, et finalement, de traiter ces abstractions comme des réalités. Ce fut l'erreur complémentaire, mais non moins fatale, de l'école historique que de s'enfoncer dans le sentiment que la réalité est vivante, dominée par des forces irrationnelles, et dépasse toute connaissance conforme au principe de raison, et de fuir le monde de l'abstraction. »²⁴¹

Autrement dit, si chaque science particulière qui constitue les sciences de l'esprit procède par analyse et abstraction d'un certain domaine de la réalité socio-historique, il ne faut pas oublier que cette abstraction n'a de valeur qu'en la référant au tout duquel elle est tirée. Ainsi, la méthode des sciences de l'esprit se caractérise-t-elle par un refus de la méthode analytique pratiquée en sciences naturelles

²⁴¹ *Ibid.*, p. 207.

au profit d'une approche holiste. Cela signifie que les éléments qui sont soustraits à la réalité pour en conduire l'étude ne peuvent être isolés en parties indépendantes. Ce serait même tout à fait passer à côté de leur sens, qui est entièrement tributaire du fait qu'ils appartiennent à un tout organique. De même qu'on ne comprend la fonction d'un organe que par rapport à l'organisme dans lequel il est compris, de même, on ne peut comprendre un système culturel ou un individu que par rapport à la réalité dont ils font partie.

Au sein de chaque science particulière, chaque élément est compris et étudié dans sa relation au tout auquel il appartient. Par suite, chaque science particulière pense l'ensemble des propositions qu'elle a établies en relation avec les propositions des autres sciences particulières qui se développent parallèlement. Il s'agit, par approximations successives, de saisir des éléments partiels, en les référant à la totalité à laquelle ils appartiennent, et de repartir de cette totalité ainsi redéfinie, pour requalifier les éléments initiaux, sans jamais interrompre ces allées et venues entre parties et totalité. La finalité poursuivie est d'atteindre, ultimement, cette totalité qu'est la réalité socio-historique, ou, pour le dire autrement, d'expliquer étape par étape, l'histoire, c'est-à-dire de rendre compte de ce qui lie les états successifs de la société. Ainsi, les sciences particulières qui forment l'ensemble des sciences de l'esprit ne nécessitent pas une autre science de la réalité socio-historique qui les chapeauterait. Aucune théorie, et surtout pas la sociologie de Comte ou de Mill, ne peut prétendre embrasser cette réalité d'un seul coup d'œil « par le moyen d'une contemplation paresseuse »²⁴², et « réduire le cours de l'histoire à *une formule unique ou à un principe*, pas plus que la physiologie n'en est capable à propos de la vie »²⁴³.

Ce holisme qui caractérise l'approche des sciences de l'esprit constitue une distinction essentielle avec l'approche des sciences de la nature, en même temps qu'un argument allant dans le sens de l'autonomie des sciences de l'esprit. Il s'ancre dans le fait que l'individu, de même que les systèmes culturels et l'organisation sociale dans lesquels cet individu est pris, s'offrent au scientifique qui les étudie comme un donné duquel il fait lui-même partie intégrante. Ce point est essentiel, car il permet de saisir le sens et l'importance de l'opposition entre expliquer et comprendre que Dilthey systématisait. Si les sciences de l'esprit abstraient certains systèmes culturels ou sociaux et les posent à côté les uns des autres, ceux-ci, on l'a vu, sont étroitement entremêlés dans la réalité, de sorte que

« l'individu est plongé en eux par sa naissance et il les trouve donc devant lui comme une objectivité qui existait avant lui, subsiste après lui, et agit sur lui à travers ses institutions. »²⁴⁴

²⁴² *Ibid.*, p. 264.

²⁴³ *Ibid.*, p. 255.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 210.

Tout individu a donc une compréhension immédiate, une sorte de conscience intuitive du tout dans lequel il est pris, sans pour autant en avoir une connaissance. Il en va de même pour le chercheur en sciences de l'esprit, pour qui les systèmes qu'il étudie se présentent « comme des faits évidents et doués d'une force objective »²⁴⁵. Ces systèmes, avant d'être considérés d'un point de vue scientifique ont été construits par les individus, si bien que du côté de l'esprit humain qui a mis en forme ces systèmes et du côté de celui qui cherche à l'expliquer d'un point de vue théorique, c'est le même entendement qui est à l'œuvre. Les sciences de l'esprit ont donc selon Dilthey une approche nécessairement *interne* de ces systèmes qui passe par une *compréhension* (*Verständnis*) :

« Leur objet se compose d'unités données, et non pas déduites, qui nous sont compréhensibles de l'intérieur ; ici nous avons d'emblée un savoir, une compréhension, pour seulement ensuite, peu à peu, parvenir à une connaissance. Une analyse progressive d'une totalité que nous maîtrisons d'emblée par un savoir et une compréhension immédiats, tel est donc ce qui caractérise l'histoire de ces sciences. »²⁴⁶

Le rapport interne que nous entretenons avec la société et les individus qui la constituent s'oppose radicalement au rapport que nous entretenons avec la nature qui nous entoure. En effet, le rapport à la nature peut se décrire selon Dilthey comme un rapport à quelque chose qui nous est étranger, qui reste pour nous silencieux : c'est un terme extérieur à nous sur lequel notre imagination projette de l'humain. Au contraire, les faits sociaux et culturels que nous pouvons observer nous sont compréhensibles de l'intérieur. Ils nous parlent de nous-mêmes et nous renvoient, en chacun de nous, à des sentiments, des volontés, bref, à une expérience vécue :

« La société est notre monde. Nous vivons avec elle le jeu des actions réciproques qui s'y déroulent avec toute la force de notre être, et cela dans la mesure où nous découvrons en nous-mêmes, de l'intérieur, dans l'agitation qui est le trait caractéristique de la vie, les états et les forces à partir desquels s'édifie son système. »²⁴⁷

Ce rapport interne entretenu avec les objets des sciences de l'esprit, associé au fait que ces objets ne prennent sens que par rapport à la totalité de laquelle ils sont issus, justifie le recours à un mode d'appréhension particulier, la compréhension, et donc légitime l'idée qu'il existe une méthode et un domaine de recherche propres aux sciences de l'esprit :

« puisque l'objet des sciences de l'esprit est compris bien avant d'être connu, et cela par la totalité de notre âme, les méthodes des sciences de l'esprit sont très différentes de celles des sciences de la nature. Et l'on a seulement besoin d'examiner la place que prend ici l'appréhension du fait en tant que tel, ainsi que la façon dont ce fait passe, sous l'influence

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 218.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 270.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 194.

de l'analyse, par divers degrés d'élaboration, pour reconnaître que ces sciences forment un ensemble d'une tout autre structure. »²⁴⁸

Pour Dilthey, il faut alors en conclure que les sciences de l'esprit et les sciences de la nature posent sur l'homme deux points de vue irréductibles l'un à l'autre. Les sciences de la nature partent de l'extérieur pour aller vers l'intérieur : elles partent de la nature telle qu'elle s'offre à notre appréhension naturelle et observent les faits psychiques qui en découlent, de sorte que pour elles, ce sont les modifications naturelles que l'on peut observer dans le monde extérieur qui provoquent des modifications spirituelles ou psychiques. Autrement dit, selon les sciences de la nature, l'évolution de l'esprit est soumise aux conditions du monde naturel. À l'inverse, les sciences de l'esprit procèdent de l'intérieur vers l'extérieur. Elles ont pour point de départ l'expérience interne, dans laquelle est donné à la conscience l'ensemble du monde extérieur, qui est alors considéré comme soumis aux conditions de la conscience.

Cette différence fondamentale de méthode et de point de vue entre sciences de l'esprit et sciences de la nature explique que leurs résultats ne soient pas comparables et ne satisfassent aux mêmes exigences. Dilthey reconnaît fort bien aux sciences de la nature, par rapport aux sciences de l'esprit, une supériorité quant au degré de précision de la formulation de leurs lois et de leurs prévisions. Un tel degré d'exactitude est tout à fait impossible du côté des sciences de l'esprit. En effet, d'une manière assez proche de celle de Mill, Dilthey souligne que les difficultés que l'on rencontre lorsque l'on cherche à connaître un simple individu sont très importantes en raison de la multiplicité des facteurs et des points de vue à prendre en compte, et que bien évidemment, à l'échelle d'un groupe ou d'une société tout entière, puisque chaque individu se présente sous le visage de la singularité, que tous ces individus singuliers interagissent, et ce, sur plusieurs générations, ces difficultés sont alors démultipliées. Cela rend impossible d'élaborer un type de nature humaine universelle duquel on pourrait déduire l'état actuel de la société ou un état antérieur. Toutefois, Dilthey ne s'en tient pas à cette concession :

« tout cela se trouve plus que compensé par le fait que je suis moi-même – moi qui connais et éprouve ma propre vie de l'intérieur – un élément constitutif de ce corps social, par le fait également que les autres éléments sont de même nature que moi, et que par conséquent je peux de la même manière les appréhender dans leur intériorité. Je comprends la vie de la société. L'individu est, d'un côté, un élément dans les actions réciproques de la société [...] et il est en même temps l'intelligence contemplant et cherchant à pénétrer tout cela. »²⁴⁹

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 281-282.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 195.

Cette apparente infériorité des sciences de l'esprit en termes d'exactitude des lois et des prévisions qui peuvent être formulées se mue finalement en force : ai-je besoin, au fond, de formuler des prévisions en les déduisant de lois générales pour accéder aux faits que j'ai devant moi ? Pour Dilthey, non, car ils me sont donnés dans une compréhension immédiate qui satisfait dans un premier temps mes buts pratiques, et constituent par la suite le soubassement à partir duquel je pourrais construire une véritable connaissance, si ma compréhension poursuit un intérêt scientifique.

Précisons par ailleurs que si Dilthey refuse aux sciences de la nature la position hégémonique qu'elles cherchent à prendre, notamment dans une entreprise comme celle du positivisme, il ne nie pas qu'elles soient étroitement liées avec les sciences de l'esprit. Au contraire même, il souligne que ces deux types de sciences développent des connaissances qui ne cessent de s'entrecroiser. L'argument principal consiste à souligner que les sciences de l'esprit, qui prennent l'homme, la société et l'histoire pour objet, ne peuvent pas penser cet objet indépendamment de l'ensemble causal que constitue la nature. En effet, l'homme, par son système nerveux, subit constamment des influences de la nature, si bien qu'il en dépend sous au moins deux aspects : il prend en compte le cours des événements naturels qui l'entourent dans la définition des fins qu'il se donne ; il prend également en compte le cours de la nature comme un système de moyens lui permettant d'atteindre les fins qu'il s'est données et que la nature a contribué à déterminer. Ainsi les sciences de l'esprit se fondent elles aussi, dans le développement de leurs connaissances, sur les sciences de la nature.

Les sciences de l'esprit ont donc une méthode propre : celle de la compréhension. Mais que cela signifie-t-il, concrètement, lors de l'étude de systèmes culturels ? Cette étude se fait à partir d'éléments concrets qui sont généralement des textes écrits, qui constituent une trace des actes des individus dont on veut comprendre le sens. En effet, la réalité socio-historique dont on cherche à rendre compte se conserve dans la conscience des individus sous la forme d'une connaissance historique. À partir de ces écrits, il s'agit donc, dans un premier temps, de conduire un examen critique des sources et des traditions dont ils émanent, d'établir des faits, et de les compiler. La technique qui fait alors référence dans ce domaine, est pour Dilthey la philologie. Au sein d'un système de faits donnés, l'art, le droit, l'économie par exemple, il s'agit ensuite de faire l'analyse des éléments particuliers dont il se compose, d'en saisir les rapports de dépendance et de transformation, de les comparer avec des formes passées, et d'en comprendre le lien d'une part avec les individus, et d'autre part avec l'ensemble de la réalité socio-historique. La mise en œuvre de ces différentes opérations méthodiques demande de la part de celui qui les conduit un regard particulier. Par sa saisie d'abord intuitive de son objet, qui repose elle-même sur une connaissance historique approfondie du contexte social, politique, et culturel de l'objet en question, il doit faire en sorte de transformer sa conscience en une sorte de miroir de la réalité à partir de laquelle prend sens cet objet. Il s'agit de reconstruire

tout un système culturel, de chercher à recréer l'atmosphère mentale des individus qui l'ont constitué ou le constituent, d'essayer de revivre, de rejouer, ce qui a été vécu, de repenser selon les mêmes schémas mentaux. Ceci demande de recourir à *l'Einfühlung*, à l'empathie qu'on peut définir comme la tentative de « sentir comme », de « penser comme », de participer sympathiquement, en tant qu'individu participant d'une même nature humaine, et en tant qu'interprète, au système culturel et à la conscience de celui ou ceux que l'on cherche à rendre vivants et compréhensibles.

Si l'on résume maintenant les éléments essentiels de la méthodologie et du projet défendus par ceux que l'on a appelés les herméneutes de la fin du XIX^e siècle, en référence notamment à la méthode herméneutique mise au point par Schleiermacher, et dont s'inspire grandement Dilthey, on peut donc dire que les sciences de l'esprit, telles qu'on les a vues décrites par Dilthey : (a) procèdent par une saisie intuitive de leur objet, qui prend la forme d'un donné immédiatement compréhensible avec lequel elles entretiennent un rapport interne ; (b) cherchent, par empathie, à en reconstruire et à en interpréter les significations vécues par les individus-acteurs ; c) et enfin mettent en œuvre pour cela une approche holiste qui prend la forme d'un « cercle herméneutique » totalisant qui ne sépare jamais les éléments significatifs d'un événement, fait ou action, du contexte global dans lequel ils s'insèrent, mais effectue au contraire un va-et-vient constant entre ces deux pôles, qui ne cessent ainsi jamais de se redéfinir mutuellement.

Selon l'analyse qu'en fait Daniel Andler²⁵⁰, la méthode défendue par les sciences de l'esprit a suscité principalement trois types de critiques : le reproche de subjectivisme et de psychologisme ; l'auto-référentialité ; le problème de la rétroaction des théories de ces sciences sur leur objet d'étude²⁵¹.

Pour la première, c'est l'idée classique qu'une telle méthode s'appuierait beaucoup trop sur la subjectivité du chercheur, sur son expérience vécue particulière, sur sa manière propre d'envisager son objet et la totalité à laquelle il appartient, le conduisant à s'identifier à ceux qu'il cherche à comprendre. Le savant serait tout à la fois sujet et objet de la science qu'il mène, et pourrait difficilement se distancier de son objet puisque sa méthode même chercherait à abolir cette distance et conditionnerait sa compréhension. Une telle méthode relèverait davantage de l'art que des méthodes positives, puisque l'objet dépendrait en dernière instance de la perspective adoptée par l'herméneute et éventuellement d'intérêts qui lui sont propres, qui peuvent être tout à la fois théoriques et pratiques.

²⁵⁰ Daniel Andler, Anne Fagot-Largeault, Bertrand Saint-Sernin, *Philosophie des sciences II*, Paris, Gallimard, 2002, en particulier p. 698-712.

²⁵¹ Daniel Andler, *op. cit.*, p. 709-712.

Ce qui est reproché ensuite à la méthode des sciences de l'esprit, c'est le fait que chaque science particulière circonscrive elle-même son objet, en relation avec les autres sciences, en se référant à sa compréhension de la totalité de la réalité de laquelle est prélevée cet objet, totalité qui se redéfinit sans cesse en fonction du progrès de chaque science particulière. Cela signifie donc que chaque science non seulement crée son propre cadre conceptuel, mais définit également la totalité contextuelle par rapport à laquelle ce cadre conceptuel et l'objet qu'il étudie prennent sens. Les résultats de cette construction auto-référentielle peuvent alors difficilement en être dissociés et exportés, puisqu'ils sembleraient n'avoir de valeur qu'en vertu du cadre conceptuel dont ils dépendent mais qu'ils contribuent aussi largement à définir.

Enfin, la troisième critique consiste à remarquer que les théories mises au point par les différentes sciences de l'esprit peuvent avoir des effets en retour sur les réalités qu'elles cherchent à comprendre, individus ou systèmes culturels et sociaux. Ainsi écrit D. Andler :

« Détecter un courant de pensée, une aspiration, un mécontentement, c'est-à-dire isoler un ensemble de représentations, ou un ensemble d'individus (ceux qui portent, même à leur insu, ce courant, cette aspiration, ce mécontentement), c'est presque nécessairement influencer sur l'évolution des choses, délibérément ou pas, dans le sens souhaité ou pas ; c'est, par exemple, rendre possible et parfois obligatoire de ranger tel geste, tel mot, tel individu, dans une catégorie que l'on a à la fois en un sens détectée et en un sens créée, et le contraindre à partager avec les membres de cette catégorie un sort particulier. »²⁵²

Ce type de biais que l'on voit ici apparaître prend d'autant plus d'importance que les sciences de l'esprit, à l'instar des *Moral Sciences* de Mill, ont souvent poursuivi une visée critique ou réformatrice. En effet, les herméneutes avaient pour beaucoup des visées d'amélioration sociale, de progression culturelle, ou une volonté de faire émerger certaines vérités politiques ou historiques. Certaines sciences sociales naissantes ont ainsi pu se muer en critique sociale, comme ce fut le cas avec l'école de Francfort.

Malgré toutes les difficultés qu'elle véhicule, cette revendication d'une nouvelle méthodologie pour les sciences qui s'intéressent à l'action humaine, à ses normes et son sens, a pour premier mérite de souligner que l'objectif ainsi poursuivi n'est fondamentalement pas le même. Les sciences de l'esprit, qui peu à peu deviendront nos sciences humaines, s'intéresseraient davantage à des individualités, à des particularités dues à un groupe, à une culture, à une époque, dont elles chercheraient à montrer la radicale originalité, le caractère absolument unique : elles voudraient montrer que telle action ou tel événement ne pouvait pas, *a posteriori*, être autre que celle ou celui qu'il a été étant donné la singularité radicale de tout contexte humain, mais qu'*a priori*, chaque action,

²⁵² *Ibid.*, p. 711.

chaque évènement aurait pu être tout autre que ce qu'il a été, et qu'en aucun cas, il n'était prévisible par avance. Les sciences naturelles chercheraient davantage à montrer que tout contexte particulier, quels que soient les éléments qu'il met en relation, répond à des lois générales, à des corrélations constantes et à des invariants universels et que, si nous avons une connaissance exacte de ces derniers et de leur contexte d'application, nous serions en mesure de prédire avec exactitude ce qui se passera ou d'expliquer ce qui s'est passé. On voit donc s'établir une différence d'objectif de connaissance – on ne cherche manifestement pas à caractériser le même objet de connaissance – et de vision de l'utilité de la science. Et ceci apparaît sans qu'on ait pour le moment cherché à se positionner sur la question de savoir s'il faut ou non établir une différence radicale entre les sciences humaines et les sciences de la nature, si la méthode compréhensive défendue par Dilthey est valable et si, tout compte fait, les sciences humaines méritent bien le nom de science ou pourraient un jour le mériter.

Toujours est-il que, dès lors que cette revendication d'une autre méthodologie et d'une autre manière de vouloir penser la science apparaît, et pour peu qu'on lui accorde une certaine crédibilité, se pose alors immédiatement la question de savoir comment les sciences sociales et les sciences comportementales naissantes de l'époque vont vouloir se positionner. Or, comme le souligne von Wright :

« Ces sciences sont nées pour une large mesure de l'influence que les pressions croisées des tendances positivistes et anti-positivistes ont exercée au siècle dernier. Il n'est donc pas surprenant qu'elles soient devenues un champ de bataille pour les deux courants qui s'opposent dans la philosophie de la méthode scientifique »²⁵³.

L'enjeu est ici philosophique bien sûr, mais il est également institutionnel. On en a vu un exemple en rappelant comment le contenu des *Moral Sciences* a pu faire l'objet de multiples remaniements, et pouvait recouvrir des groupes de sciences très différents selon les périodes clefs du XIX^e siècle, selon les institutions scientifiques et les pays. C'est dans un contexte similaire de tension et de réflexion autour de la définition du champ scientifique et de ses méthodes que vont naître les premiers travaux des réalistes américains. Il importe de souligner que les réalistes se situent eux-mêmes à la croisée de plusieurs courants, entre lesquels ils sont tiraillés, et on peut considérer comme tout à fait symptomatique la difficulté que n'importe quel historien du droit et de la philosophie rencontre lorsqu'il veut essayer de les classer dans des courants de pensée bien définis, et cherche à décrire *une* position réaliste ou même la position d'un seul et même auteur. Llewellyn, qui constitue notre point de référence dans le mouvement réaliste, porte en lui-même ces ambiguïtés. La raison

²⁵³ « These sciences were born largely under the influence of a cross pressure of positivist and antipositivist tendencies in the last century. It is therefore not surprising that they should have become a battleground for the two opposed trends in the philosophy of scientific method. », Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*, op. cit., p. 6-7.

n'est pas uniquement due, même si cela est en partie vrai, au fait que les réalistes aient peu écrit d'un point de vue théorique et aient peu explicité leur arrière-plan philosophique, prêtant ainsi à des confusions. Elle provient aussi du fait que les réalistes empruntent, plus ou moins consciemment, à diverses théories philosophiques dont les concepts et les objectifs ne sont pas forcément congruents.

Prenons l'exemple de la notion de « sens de la situation » que l'on trouve à de nombreuses reprises sous la plume de Llewellyn. Le sens de la situation qui guide les cours de justice oriente la manière dont les juges vont répondre au cas qui leur est soumis, les conduisant à faire, selon la distinction de Llewellyn, une lecture plus ou moins stricte ou plus ou moins ouverte²⁵⁴ des précédents qui s'appliquent aux faits et à la situation qu'ils traitent. Or, avoir, pour un juge, un tel aperçu des faits et d'une situation renvoie à la théorie de la « judicial intuition » de Jerome Frank et Joseph C. Hutcheson – même si, il convient de le rappeler, Llewellyn insiste moins qu'eux sur l'aspect extra-juridique, idiosyncrasique et purement psychologique des motivations que les juges ont de juger. La théorie de la « judicial intuition » prend à rebours la description standard du travail des juges selon laquelle les juges, une fois déterminés les faits et la situation qui leur sont présentés, commencent par consulter l'appareil juridique qui est à leur disposition (lois, précédents, doctrine, etc.) pour trouver quelle réponse le droit donne à de tels faits. Hutcheson et Frank, quant à eux, inversent l'ordre des choses et soutiennent que les juges ont d'abord une *intuition* de la décision qu'ils doivent rendre, et que c'est seulement dans un second temps qu'ils consultent ce qui, dans l'appareil juridique, permet de justifier leur décision. Ainsi écrit Hutcheson :

« En réalité, le juge décide d'après un sentiment et non un jugement, d'après un pressentiment et non un raisonnement, un tel raisonnement n'apparaissant que dans l'avis qu'il rend. L'impulsion vitale qui motive sa décision est un sens intuitif de ce qui est juste ou non dans un cas particulier ».²⁵⁵

Ainsi, de même que l'avocat part de la position que son client souhaite défendre et réfléchit aux moyens que lui en donne la loi, de même les juges auraient une sorte d'intuition, de pressentiment de la bonne issue à donner à une affaire. Comme le souligne Frederic Schauer, dans son analyse de la « judicial intuition » chez Hutcheson et Frank²⁵⁶, ce pressentiment de ce qu'il est juste de décider peut

²⁵⁴ Voir en particulier K. N. Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930), New York, Oxford University Press, 2008, chap. IV, p. 55-57.

²⁵⁵ « The judge really decides by feeling and not by judgment, by hunching and not by ratiocination, such ratiocination appearing only in the opinion. The vital motivating impulse for the decision is an intuitive sense of what is right or wrong in the particular case » (Nous traduisons), Joseph C. Hutcheson, « The judgment intuitive : The Function of the "Hunch" in the Judicial Decision », in *Cornell Law Quarterly*, n°274, 1929. Voir également Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930, chap. XII, « The Judging Process and the Judge's Personality ».

²⁵⁶ Frederic Schauer, *Thinking Like a Lawyer : A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009.

venir d'une connaissance très approfondie de la loi, qui ferait que le juge n'aurait même pas à passer par un raisonnement de type délibératif. Il compare ainsi le juge à un joueur d'échecs chevronné :

« le maître en jeu d'échecs qui peut jouer trente parties simultanément contre trente adversaires différents n'a pas tellement de temps pour la contemplation, mais ses mouvements apparemment instinctifs sont malgré tout les mouvements d'un expert en jeu d'échecs »²⁵⁷.

L'intuition du juge peut donc être interprétée comme le résultat conjoint d'une grande science des lois ainsi que d'une longue expérience de leur application. Si Llewellyn s'en tient plutôt à cette compréhension-là, des réalistes comme Frank ou Hutcheson vont insister bien davantage sur le fait que cette intuition du juge provient davantage de traits psychologiques qui lui sont propres, de biais politiques et idéologiques, ce qui en rend la prédiction tout à fait impossible.

Ce qui est intéressant ici, c'est qu'on voit bien que cet appel à des notions comme le sens de la situation, l'intuition, le pressentiment sont très similaires à celles qu'évoque un auteur comme Dilthey pour défendre la méthode de la compréhension et montrer qu'elle serait plus appropriée aux actions et aux événements humains. Lorsque les réalistes parlent de connaissance profonde du contexte personnel et collectif dans lequel s'insèrent les protagonistes d'un événement, on se situe dans le même genre de problématique. Pourtant, cet aspect particulier de la décision judiciaire – à savoir qu'elle ne s'explique pas uniquement à partir de raisons juridiques – qui est au cœur des thèses des réalistes et qu'ils ne cessent de rappeler, parfois de manière provocante, dans leur lutte contre un formalisme jugé hégémonique et excessif, se conjugue avec un but que les herméneutes n'ont absolument pas : prédire. Or pour Llewellyn, le fait que les décisions judiciaires soient reliées à des motifs autres que purement juridiques n'empêche pas qu'on puisse les prédire. Au contraire, prendre conscience de ces différents biais permet de comprendre comment les juges décident réellement, plutôt que de feindre de croire que les juges ne font qu'appliquer mécaniquement la loi, ce qui rend totalement incompréhensible, sauf comme erreur, toute nouvelle décision, de même que tous les cas litigieux où des cours de justice peuvent rendre, à des instances différentes, des décisions tout à fait contradictoires. Il s'agit alors seulement de dépasser les « *paper rules* », comme les appelle Llewellyn, et de rechercher quels sont les phénomènes sociaux, économiques, psychologiques, voire physiologiques qui influencent la manière dont les juges les appliquent. Joindre la connaissance de ces phénomènes à la connaissance technique de l'appareil juridique qui se trouve à disposition des juges permettrait alors d'établir une explication scientifique des décisions judiciaires, et, dans presque

²⁵⁷ « the chess master who can play thirty games simultaneously against thirty different opponents does not have much time for contemplation, but his seemingly instinctive moves are still the moves of a chess expert. » (Nous traduisons), *ibid.*, p. 128.

tous les cas, de pouvoir en faire la prédiction. Ceci nécessiterait alors la formulation de lois, si ce n'est universelles, du moins générales, dont il faudrait, à chaque fois, spécifier le contexte d'application. On retrouve alors, de manière nette, des concepts clefs du positivisme, tels qu'on a pu les voir chez Comte et chez Mill : prédiction, explication scientifique, lois *ceteris paribus*.

On voit donc bien que les réalistes américains sont, malgré eux, pris dans les problématiques philosophiques de leur temps. Mais il y a fort à parier que cette ambiguïté que l'on trouve chez ces théoriciens du droit qui cherchent à décrire et à expliquer ce qu'est le droit *hic et nunc*, et non ce qu'il devrait ou aurait dû être, vienne du droit lui-même. Le droit, en effet, peut être comparé à une tête de Janus : il s'applique à des actions humaines, qui comme telles sont chaque fois reliées à des individus uniques, pris dans des contextes particuliers ; et en même temps, parce qu'il cherche à normer les actions humaines selon un principe d'égalité de tous les hommes devant la loi et d'équité, il vise à une standardisation de ses procédures et à une généralisation voire une universalisation de son application. Il n'est donc pas surprenant que les réalistes, qui cherchent à rendre compte de ce que font effectivement les juges, reproduisent dans leur théorie la double exigence à laquelle les juges sont soumis.

Toutefois, dans les écrits des réalistes, et dans ceux de Llewellyn en particulier, c'est bien plutôt, du point de vue de leur arrière-plan philosophique, l'aspect positiviste de leur pensée (ou néo-positiviste comme on va le voir dans le point suivant) qui est mis en valeur. Leurs références juridiques, scientifiques et philosophiques sont avant tout, comme on l'a vu, la *Sociological Jurisprudence*, le pragmatisme et le positivisme, et on ne trouve pas de référence à des écoles de pensées herméneutiques ou historiques. C'est ce qui justifie par exemple la démarche de Brian Leiter²⁵⁸ qui consiste à interpréter le courant réaliste américain comme un proto-naturalisme, et comme une tentative avant l'heure de naturaliser la théorie de la prise de décision judiciaire, tentative qu'il se propose lui-même de remettre en chantier. On peut néanmoins se demander si, au vu de ce que nous venons de souligner, une telle lecture ne privilégie pas de manière exagérée une partie des thèses réalistes au détriment des autres. Ce qui fait l'intérêt des réalistes, n'est-ce pas justement leur position ambiguë, voire contradictoire (comme l'est, en un sens l'activité judiciaire) qui, malgré les apparences, ne tranche pas vraiment entre les deux méthodes représentatives de la controverse expliquer/comprendre ? C'est précisément ce qui nous amène à explorer d'autres voies que la voie de la naturalisation pour essayer de répondre à l'exigence des réalistes d'une philosophie du droit qui soit en prise réelle avec ce qu'est le droit.

²⁵⁸ B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence, Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, op. cit.

II. Deuxième étape : la réponse du néopositivisme et le modèle hempelien

Dans l'entre-deux guerres, face au poids des revendications et des critiques que le courant herméneutique des sciences de l'esprit adresse au positivisme, et confrontés à la remise en cause de fait de la thèse du monisme méthodologique et de l'unité de la science, les néopositivistes vont devoir réaménager leur position. Le risque pour eux, à la fois institutionnel et intellectuel, serait de voir une partie de la connaissance échapper au modèle positiviste et de perdre cette idée à laquelle ils tiennent d'un monde de la connaissance qui soit continu et homogène. On aboutit ainsi, toujours en suivant le schéma esquissé par Appel, à une seconde étape de la querelle des deux sciences. Durant cette étape, les néopositivistes vont reprendre les thèses de Comte et de Mill, mais ils vont les retoquer de manière à ce qu'elles puissent résister aux critiques des herméneutes. On assiste alors à une manœuvre intellectuelle typique : l'absorption de la critique adverse, l'intégration de sa réponse et de son dépassement au sein d'une version modernisée du positivisme de la fin du XIX^e siècle, forte des récents développements de la logique formelle et de la philosophie analytique augurés principalement par Russell, Frege, le premier Wittgenstein et les grands penseurs du Cercle de Vienne.

Le représentant majeur du néopositivisme est Carl G. Hempel. C'est « The Function of General Laws in History »²⁵⁹, son article de 1942 plusieurs fois précisé dans des articles ou ouvrages ultérieurs, qui sert de point de référence à une grande partie des débats de l'époque. C'est dans ce texte que l'on trouve l'une des formulations les plus claires des thèses centrales du néopositivisme, avec notamment la théorisation du modèle explicatif désormais appelé « *Covering Law Model* ». Cette expression de « *Covering Law Model* », ou modèle d'explication par des lois de couverture, vient de son principal adversaire, W. H. Dray²⁶⁰.

D'après Hempel, la méthode de la science est explicative, et ce modèle explicatif doit pouvoir convenir, à quelques aménagements près, à l'ensemble des sciences. Dans son ouvrage introductif à l'épistémologie de 1966²⁶¹, il rappelle en effet que si classiquement, on différencie en général le domaine des sciences en sciences empiriques et non empiriques, et que, parmi les premières, on distingue les sciences de la nature et les sciences sociales, cette division n'a pour but que de « faciliter l'examen du vaste domaine que constitue la philosophie des sciences », et il ajoute que les

²⁵⁹ Carl Gustav Hempel, « The Function of General Laws in History », in *Journal of Philosophy*, 39, 1942, p. 35-48.

²⁶⁰ Voir William Dray, *Laws and Explanation in History*, Oxford, Oxford University Press, 1957.

²⁶¹ Carl Gustav Hempel, *Éléments d'épistémologie* (1966), trad. Bertrand Saint-Sernin, Paris, Armand Colin Masson, « Cursus », 1996.

« conclusions relatives aux méthodes et au raisonnement de la recherche scientifique s'appliquent aussi bien aux sciences de la nature qu'aux sciences sociales »²⁶². Il souligne ainsi que quelle que soit la science en question, c'est bien à un modèle général explicatif qu'on se réfère. Toutefois, conscient du fait que les phénomènes humains, comme les phénomènes naturels d'ailleurs, ne se prêtent pas toujours à la même régularité explicative, il va défendre l'idée que ce modèle général se décline en deux sous-modèles : le modèle déductif-nomologique, correspondant plutôt aux sciences de la nature et le modèle inductif-probabiliste correspondant davantage aux sciences sociales.

Le modèle explicatif déductif-nomologique (D-N) se comprend, comme son nom l'indique, comme un raisonnement de type déductif, dont la conclusion visée est le phénomène que l'on souhaite expliquer – l'*explanandum*. Ce raisonnement se fonde sur l'énoncé d'une ou plusieurs lois universelles et sur la spécification d'un certain nombre de conditions ou de faits particuliers, lesquels, une fois combinés, permettent de déduire l'*explanandum*. Ces lois universelles et conditions particulières, appelées aussi *explanans* ou propositions explicatives, constituent ainsi les prémisses logiques du raisonnement en question et les antécédents causaux de l'*explanandum*. Les lois convoquées dans l'explication scientifique sont ainsi appelées lois de couverture : c'est sous elles que le raisonnement déductif subsume le phénomène à expliquer. L'exemple célèbre de Hempel est celui du radiateur de voiture : pourquoi le radiateur de ma voiture a-t-il explosé pendant la nuit ? Deux conditions étaient réunies : (1) il y avait de l'eau dans le radiateur, sans antigel ; (2) la température nocturne s'est abaissée en dessous de 0°C pendant la nuit. Ces conditions, réunies aux lois physiques suivantes : (a) l'eau gèle en dessous de 0°C ; (b) le volume de la glace est supérieur au volume de l'eau, permettent de rendre compte du fait que le radiateur de ma voiture a effectivement explosé au cours de la nuit. Autrement dit, la connaissance combinée de ces lois et de ces antécédents causaux aurait pu permettre de prédire avec certitude ce phénomène.

Toutefois, remarque Hempel, les explications scientifiques ne reposent pas toutes sur des lois d'une forme aussi strictement universelle, et les prédictions que l'on peut en retirer ne prennent alors pas la forme d'une certitude pleine et entière, mais plutôt d'une probabilité plus ou moins importante. C'est en ce sens qu'il va développer un second type de modèle explicatif, le modèle inductif-probabiliste. Ce modèle est de la même forme que le précédent, mais une différence importante réside dans la nature des lois explicatives invoquées. Elles sont de type probabiliste, c'est-à-dire qu'elles n'impliquent pas l'*explanandum* avec une certitude déductive, mais seulement avec une forte probabilité. Par exemple, dit Hempel, on peut expliquer que le petit Pierre ait attrapé la rougeole par le fait qu'il y a été exposé par son frère, et en mettant en lien le fait d'être exposé à une maladie et de

²⁶² *Ibid.*, p. 2.

l'attraper. Mais il ne s'agit pas là d'une loi universelle, puisqu'être mis en contact avec une maladie n'implique pas nécessairement qu'on la développe. On peut simplement en dégager une probabilité, plus ou moins forte. Dans le cas qu'on vient d'évoquer, on pourrait alors dire que la connaissance combinée de ces lois probabilistes et d'un certain nombre d'antécédents causaux (notamment la mise en contact de Pierre avec son frère pendant qu'il avait la rougeole), aurait pu permettre de prédire avec une très forte probabilité un phénomène. Ainsi, là où le modèle déductif-nomologique subsume déductivement le phénomène à expliquer sous des lois de forme universelle pour aboutir à des certitudes, le second modèle subsume inductivement le phénomène à expliquer sous des lois de forme probabiliste, en conduisant seulement à des quasi-certitudes.

Le modèle déductif et le modèle probabiliste ont en commun l'idée que la généralité est une condition de l'explication scientifique. C'est uniquement parce que la connexion entre un phénomène que l'on souhaite expliquer et des propositions explicatives se fait par le biais d'une loi générale qu'il y a bien explication scientifique. Ce qui diffère dans ces deux modèles, c'est que dans le cas du modèle probabiliste, on substitue la probabilité à la nécessité. On voit ici que le modèle hempelien rejoint et systématise les remarques déjà faites par Mill plus tôt. On conserve une unité méthodologique, celle de l'explication, que l'on fait simplement varier en termes de nécessité et de probabilité, selon le type de phénomènes à expliquer. Ainsi, dans le cas par exemple d'une science comme la maréologie ou dans le cas des sciences sociales, on aurait recours au modèle inductif-probabiliste. Pour Hempel en effet, même les actions humaines individuelles, qui résisteraient *a priori* le plus à un modèle explicatif général, entreraient tout à fait dans ce cadre et se trouveraient correctement prises en compte. Ainsi commente von Wright :

« Beaucoup de philosophes analytiques, peut-être même une majorité, pensent que cette théorie surmonte cette épreuve avec succès. Les actions sont provoquées par des motifs ; la force de ces motifs réside dans le fait que les agents sont disposés à suivre des schémas de conduite caractéristiques ; de tels schémas (dispositions) fournissent les “lois” qui relient les motifs aux actions dans les cas individuels. Il s'agit là d'une version volontairement ultra simplifiée d'une idée qui, dans des variantes plus ou moins sophistiquées, continue d'exercer une forte fascination sur l'imaginaire philosophique. Elle renvoie à l'idée que les actions ont des causes, et donc aussi à une position déterministe sur la question classique de “la liberté de la volonté” »²⁶³.

²⁶³ « Many analytic philosophers, perhaps the majority, think the theory passes the test. Actions are prompted by motives ; the force of motives lies in the fact that agents are disposed to follow characteristic patterns of behavior ; such patterns (dispositions) provide the “laws” linking the motives to the action in the individual case. This is a consciously oversimplified account of an idea which in more or less sophisticated variations continues to exercise a strong fascination over the philosophic imagination. It is related to the idea that actions have causes, and thus also related to a determinist position in the old question of “the freedom of the will”. » (Nous traduisons), Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*, *op. cit.*, p. 23.

On pourrait être surpris, comme le sont von Wright ou Aron²⁶⁴ lorsqu'ils discutent la théorie de Hempel, du fait que l'un des énoncés les plus clairs des thèses néopositivistes ait été fait dans un article qui traite pourtant d'une des disciplines les plus éloignées des thèses positivistes : l'histoire. En effet, s'il y a bien un domaine dans lequel il paraît parfois particulièrement malaisé voire contre-intuitif d'appliquer le modèle explicatif néopositiviste décrit dans « The Function of General Laws in History », c'est bien celui-là. Hempel soulève lui-même le problème. Cette cristallisation de la réflexion autour d'une discipline comme l'histoire vient premièrement du fait que la critique des herméneutes, dans la lignée de Dilthey, s'est beaucoup centrée sur la question des sciences historiques. Par ailleurs, selon Aron, s'ajoute également le fait que les néopositivistes, tout en ayant conscience de la force de leur modèle, ont aussi voulu en tester les limites. En effet, s'ils parvenaient à montrer qu'ils pouvaient l'appliquer à une discipline comme l'histoire – en particulier lorsque l'histoire cherche à traiter non pas de grands événements macro-historiques comme par exemple des phénomènes de récession ou d'inflation économiques, où on voit facilement comment des propositions générales explicatives pourraient être convoquées, mais des événements micro-historiques, comme par exemple la décision singulière d'un homme politique – ils parvenaient alors du même coup à prouver la fiabilité et la pertinence du modèle tout entier. Ainsi écrit Aron :

« ils ont choisi le cas où leur modèle s'applique le plus difficilement et ils ont pensé que si le cas où leur modèle s'applique le plus difficilement peut être réduit au schéma général, alors, du même coup, la thèse générale serait acquise. Mais précisément, je crois que, comme il arrive très souvent, ils ont choisi le cas à ce point le plus défavorable à leur thèse qu'ils ont donné des arguments, non pas pour la réfuter de manière générale, mais pour en montrer les limites. Car les limites de cette thèse de la déduction de la connexion singulière à partir de généralités, c'est précisément le micro-événement intentionnel. »²⁶⁵

Cette limite principale dont parle Aron est la suivante : en introduisant la notion de probabilité dans son schéma explicatif, et donc en en atténuant la force de détermination et de prédiction, Hempel ne perd-il pas tout ce qui faisait la force de son modèle sans rien gagner en retour ? En effet, l'avantage du recours à une proposition explicative générale fondée sur des lois de couverture universelles, c'est de donner un caractère nécessaire à la connexion entre l'*explanans* et l'*explanandum*. Des propositions générales en nombre restreint, combinées à l'énoncé clos des conditions ou des circonstances particulières liées au phénomène que l'on souhaite expliquer, permettent de rendre compte (*a posteriori*) ou de prédire (*a priori*) ce phénomène sous le régime de la nécessité. Le problème est que, dans les disciplines historiques, les propositions générales qui s'appliquent à un événement et la spécification des conditions et des circonstances qui lui sont relatives fournissent

²⁶⁴ Raymond Aron, *Leçons sur l'histoire*, Paris, De Fallois, 1989. Concernant cette remarque, voir en particulier le chapitre « Explication historique et compréhension ».

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 148.

souvent un nombre d'antécédents causaux trop important pour pouvoir réaliser une déduction rigoureuse allant des propositions *explanans* à l'*explanandum*. Ainsi, remarque Aron, on substitue « à la déduction rigoureuse à partir de la proposition générale une probabilité de prédiction à l'avance et une probabilité d'explication après coup en fonction d'une multiplicité de circonstances, d'une multiplicité d'antécédents et d'une pluralité de propositions générales »²⁶⁶.

Les historiens seraient donc aux prises avec un foisonnement de facteurs, de biais, de circonstances qu'il serait impossible de déterminer avec précision, ce qui empêche la formulation de lois. Hempel en est bien conscient et remarque par ailleurs que dans bien des ouvrages historiques, il n'est fait aucune référence par les historiens eux-mêmes à des lois de type général pour expliquer un phénomène. Cela signifie-t-il que de telles lois n'existent tout simplement pas ? Pour Hempel, non, mais cela signale en revanche deux choses. Cela veut dire premièrement que bien souvent, ces lois auxquelles il devrait être fait référence sont trop complexes et excèdent les capacités de la connaissance humaine. Cet argument, on le voit, est directement hérité de Mill. Cela signifie deuxièmement, pour Hempel, qu'au fond, cette référence directe à des lois générales n'est pas forcément toujours utile et pertinente pour rendre compte d'un événement historique particulier et pour proposer un raisonnement explicatif qui soit valable et concevable pour un esprit humain. Une esquisse de schéma explicatif (Hempel parle de *explanation sketches*), où ces lois sont sous-entendues tacitement, serait amplement suffisante. Ainsi, ce que proposent les historiens aurait plus à voir avec des esquisses d'explication qu'avec le modèle explicatif pur défendu par Hempel. Ces ellipses explicatives seraient le résultat non pas d'une impossibilité logique et méthodologique et d'un manque de scientificité, mais plutôt du fait de la multiplicité des conditions à prendre en compte et de l'inutilité d'une caractérisation exhaustive de celles-ci. Des lois générales *pourraient* être explicitées, quand bien même elles ne le seraient pas actuellement.

Ainsi, autant dans le cas du modèle déductif-nomologique, on formule des prédictions *a priori*, autant dans le cas du modèle inductif-probabiliste, on formule des justifications *a posteriori*, montrant que certaines explications étaient, *a priori*, plus probables que d'autres. La question n'est alors pas tant de choisir par principe entre l'un et l'autre que de se demander ce que l'on cherche vraiment à connaître. Quel est le but recherché ? Démontrer que, dans le domaine de l'histoire et des actions humaines en général, il y aurait des cas où les individus auraient pu agir autrement, mais qu'il était hautement probable qu'ils agissent de telle et telle manière ? Ou bien qu'il y avait nécessité à ce qu'ils agissent comme ils l'ont fait, même si la connexion que l'on établit entre les causes explicatives et les faits expliqués n'est que probable, en raison de la complexité et de la multiplicité des

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 130.

antécédents à prendre en compte ? Quel est, autrement dit, l'intérêt d'une analyse historique : montrer l'originalité, la particularité d'un événement, en montrant qu'il aurait pu avoir lieu comme aussi ne pas avoir lieu, ou bien montrer l'absolue nécessité de son occurrence ? À cette interrogation, Aron répond ainsi :

« Je suis en fait convaincu que l'intérêt d'un récit historique n'est pas de montrer que les choses n'auraient pas pu se dérouler autrement qu'elles se sont déroulées, mais que ce qui fait l'intérêt d'un tel récit, c'est précisément de montrer que, à chaque instant, elles auraient pu se dérouler autrement. Ce pourquoi je suis amené à penser que vouloir subsumer une connexion singulière ou une décision d'un individu sous une proposition générale est une démarche fictive, car on ne trouvera jamais de proposition générale d'où l'on puisse déduire la nécessité de cette décision qui, en fait, aurait pu être autre qu'elle n'a été. En revanche, on peut parfaitement montrer l'intelligibilité de la décision prise en fonction de la situation et de l'intentionnalité de l'agent. »²⁶⁷

Mais on le voit, Hempel fait un choix différent, qui semble aussi valable, à condition de bien voir que dans un cas comme dans l'autre, on poursuit deux objectifs bien différents et qu'on propose deux manières somme toute assez différentes de faire de l'histoire, dont chacune laisse dans l'ombre certains éléments que l'autre met davantage en lumière.

Ce questionnement, qui est ici formulé à propos de l'histoire, se pose avec une égale acuité dans le domaine du droit et plus particulièrement de la décision judiciaire : là encore, que recherche-t-on ? On peut avoir pour objectif de montrer que la décision d'un juge est verrouillée par avance, qu'elle découle d'une nécessité, et que, si nous avons des connaissances suffisantes sur la nature humaine, les lois sociales, économiques, juridiques, historiques, psychologiques et politiques qui encadrent les actions des hommes en général et des juges en particulier, on pourrait établir avec précision une connexion entre ces lois (propositions *explanans*) et une décision judiciaire singulière (*explanandum*). Auquel cas, le modèle de Hempel semble tout indiqué. Le modèle déductif-nomologique serait alors une sorte d'idéal à atteindre, et en pratique, le modèle inductif-probabliste serait suffisant, et provisoirement valable, en attendant mieux. Ceci permettrait de rendre compte des cas dits « faciles », qui appartiennent en quelque sorte à la routine judiciaire.

Mais si l'on regarde maintenant du côté des cas dits « difficiles », qui semblent échapper à l'apparente mécanique juridique, et qui souvent, par les débats qu'ils suscitent, sont l'occasion d'ouvrir une voie nouvelle dans l'histoire des décisions judiciaires. Ce que l'on veut plutôt, c'est souligner la nouveauté, l'originalité d'une décision. On veut en faire apparaître l'aspect pionnier, les conséquences qui en découlent, et le contraste avec la situation judiciaire préexistante. On veut, au fond, montrer que la décision d'un juge aurait pu être autre, et que, comme le dit Aron, les choses

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 142.

« auraient pu se dérouler autrement ». Dans cette perspective, ce qui permet d'en rendre véritablement compte, d'en caractériser la singularité, ce ne serait pas la nécessité de la connexion entre des propositions explicatives et l'acte de juger : car si l'acte avait été autre, on aurait alors pu formuler une tout autre proposition générale explicative. Ce qui fournirait la plus-value explicative attendue, ce serait davantage une compréhension de l'intention qui a mené un agent, et en l'occurrence un juge, à agir comme il l'a fait. Dans ce type de cas, le modèle de Hempel devrait être abandonné, non pas parce qu'il serait inexact, mais parce qu'il serait inapproprié aux objectifs poursuivis.

Il reste alors : (1) à formuler clairement ce qu'une théorie de la décision judiciaire vise, en se demandant notamment si elle ne peut pas poursuivre, suivant les cas, des objectifs très différents ; (2) à s'interroger sur le type de modèle, explicatif ou compréhensif, qui conviendrait le mieux, une fois ces objectifs spécifiés ; (3) à réfléchir à la question de savoir si ces deux modèles ne peuvent pas être pensés non pas comme exclusifs l'un de l'autre, mais comme complémentaires, ou alternatifs, suivant le type d'objectif ou de question initialement formulés.

Ces remarques et réflexions d'Aron résument, dans leurs grandes lignes, les objections et réserves classiques faites au modèle explicatif hempelien, représentatif de la position positiviste. L'émergence de ces critiques à partir des années 1950 a conduit, selon K.O. Apel, à la troisième étape de la controverse entre sciences humaines et sciences de la nature, qui s'est centrée sur un nouveau type de débat désormais classique, celui des causes et des raisons. Ce débat fait apparaître un nouveau type d'explication de l'action et donc de la décision qui nous intéresse au premier chef. Il s'agit de l'explication intentionnaliste – ou explication par les raisons – qui met au premier plan l'examen des spécificités du raisonnement pratique. Or c'est bien d'une réflexion de ce type dont nous avons besoin pour penser l'explication de la décision judiciaire qui résulte quant à elle de cette catégorie de raisonnement.

III. Troisième étape : la critique du néopositivisme

Ce troisième moment de la querelle méthodologique entre sciences de la nature et sciences humaines se singularise par le fait que la réaction au néopositivisme incarné par Hempel va venir du sein même de la philosophie analytique, qui constitue alors la source mère de deux courants opposés ou au moins concurrents. Ainsi, parallèlement aux néopositivistes, qui puisent leur héritage philosophique dans l'atomisme logique de Russell, dans les écrits du premier Wittgenstein et du Cercle de Vienne, apparaît un nouveau courant, dont la source d'inspiration philosophique majeure

provient en grande partie de la seconde philosophie de Wittgenstein, celle du *Cahier bleu*, du *Cahier Brun*, et des *Recherches*. Ce nouveau courant, qui rassemble des auteurs et des thèses assez diverses, se regroupe autour d'une certaine philosophie de l'esprit, qui se manifeste comme une philosophie de l'action, et se centre autour de la question de l'intentionnalité. Avant d'entrer dans le détail des philosophies intentionnalistes qui nous intéressent ici au premier chef, nous pouvons souligner que cette bifurcation analytique se signale, d'un point de vue très général, par la défense de deux thèses principales, qui renouvellent en profondeur la réflexion autour des sciences humaines, de leur relation aux sciences de la nature, et de la question de leur naturalisation.

La première thèse, épistémologique, est une contestation de l'idée d'unicité de la science et de continuité entre sciences de la nature et sciences humaines, et argue de la nécessité pour les secondes d'obtenir leur autonomie conceptuelle et méthodologique. On retrouve pour une part une situation similaire à celle du moment de remise en cause du monisme positiviste par les sciences herméneutiques de l'esprit. Toutefois, c'est sur de nouvelles bases que cette thèse se voit défendue puisqu'une grande partie des thèses mentalistes défendues par les sciences de l'esprit d'obédience herméneutique sont largement récusées.

La seconde thèse, qui lui est étroitement liée, est davantage d'ordre méthodologique : si on admet ce premier constat, on ne peut donc pas établir de continuité de méthodes et de résultats entre ces différentes sciences, et il faut alors admettre que le modèle de l'explication causale est inapte à rendre compte d'une manière satisfaisante et complète du domaine de l'action humaine. C'est donc à nouveau un dualisme qui est défendu entre, d'une part, l'explication causale qui serait réservée aux sciences de la nature, et, d'autre part, une explication intentionnelle, qui serait réservée aux sciences humaines.

Notons, à la suite de V. Descombes²⁶⁸, que ce dualisme n'est pas une remise en cause du positivisme en général, mais de sa prétention à étendre universellement sa méthode explicative à tous les phénomènes. Car, qu'on soit un herméneute de la fin du XIX^e siècle ou un wittgensteinien du milieu du XX^e siècle, c'est bien à une conception positiviste de la science naturelle qu'on se réfère : c'est l'idée que l'explication naturaliste procède par subsomption d'un fait singulier sous des lois empiriques générales, et met à jour le mécanisme par lequel un événement A *cause* un événement B. Ceci, au fond, n'est pas critiqué ; ce qui l'est, c'est l'idée que cette méthode pourrait rendre intelligible n'importe quel phénomène, sans distinction. C'est en ce sens que le modèle intentionnaliste, parfois aussi appelé téléologique, se présente comme un type d'intelligibilité approprié aux spécificités de

²⁶⁸ Vincent Descombes, *La dernière mentale*, Paris, les Éditions de Minuit, 1995, chap. 2, p. 48-69.

l'action humaine, et qui procède par compréhension des *raisons* d'agir des individus, c'est-à-dire des motifs ayant entraîné leur action. Ainsi écrit V. Descombes :

« L'explication téléologique ne remplace pas l'explication causale (mécanique), et elle ne la contredit pas. Elle répond à une autre curiosité et se fait d'un autre point de vue. »²⁶⁹

C'est notamment sur ce point, la distinction des raisons et des causes, que la philosophie de Wittgenstein va être convoquée, et que beaucoup des thèses centrales de ce qu'on a appelé sa seconde philosophie vont être investies et prolongées.

En se recentrant sur la question de l'action, et en repartant d'elle, la philosophie analytique revisite, forte de nouvelles interrogations, de nouvelles méthodes et de nouveaux objectifs, la querelle des deux sciences. Beaucoup d'auteurs issus de ce courant soulignent que la réflexion sur l'action humaine, dans l'histoire de la philosophie, a été le plus souvent associée à des considérations et des approches morales, alors que la question de l'action humaine déborde ce champ d'analyse. C'est pourquoi la philosophie analytique, de manière nouvelle, en propose un examen centré sur la question de sa structure et de sa nature, qui se déploie indépendamment d'un questionnement moral par exemple sur la responsabilité, ou encore le rapport à la norme. Dans sa préface à l'ouvrage intitulé *Théorie de l'action*, dans lequel il réunit des articles majeurs voire fondateurs de la philosophie de l'action, M. Neuberg y voit pour sa part une véritable libération de l'étude de l'action par rapport à la philosophie morale. Sans aller jusque-là, on peut parler d'une extension et d'une diversification du champ d'étude de l'action. Ce faisant, la théorie de l'action peut devenir un champ d'étude transversal, commun à de nombreux domaines. Dans cette veine, M. Neuberg donne à la théorie de l'action, telle qu'elle est repensée par la philosophie analytique,

« la place d'une métathéorie commune aux théories empiriques de l'action, à l'éthique et à la philosophie sociale, à la théorie de la décision, et, de façon générale, à toutes les branches du savoir où se fait sentir, comme en théorie du droit ou en théorie économique, la nécessité d'un système conceptuel permettant de décrire de façon adéquate la structure de l'action et de la motivation. »²⁷⁰

Repartir de la question de l'action dans une perspective analytique permet donc de renouveler les approches, les lignes d'oppositions, les distinctions. En examinant ce troisième moment de la querelle des deux sciences, il s'agit d'abord de mettre en évidence les éléments importants pour penser la décision judiciaire que fait surgir, de manière originale, le questionnement analytique de cette controverse – notamment l'attention portée à l'intention et à la structure propre du raisonnement

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 65.

²⁷⁰ Marc Neuberg (dir.), *Théorie de l'action, Textes majeurs de la philosophie analytique de l'action*, Liège, Mardaga, « Philosophie et Langage », 1991, introduction, p. 9.

pratique. Ensuite d'un point de vue plus large, il s'agit de montrer que la philosophie de l'action peut permettre d'une part de renouveler notre regard sur les questionnements classiques en philosophie du droit, et d'autre part de fournir des outils de réflexion pertinents, tant pour le juriste que pour le philosophe qui s'attache à comprendre la décision judiciaire. C'est même cette conviction profonde qui anime la démarche qui est la nôtre et oriente notre méthode : le but est bien ici de trouver dans le modèle d'explication intentionnaliste un modèle efficace pour rendre compte de l'action du juge.

1. Le modèle d'explication intentionnaliste de la décision et de l'action humaine

Le modèle d'explication intentionnaliste plonge ses racines dans la distinction conceptuelle initiée par Wittgenstein dans les années 1930 entre causes et raisons. Cette nouvelle distinction se substitue en partie à l'ancienne distinction entre expliquer et comprendre mais les théories et l'arrière-plan philosophiques qui la sous-tendent sont bien éloignés du cadre théorique autrefois défendu par le courant herméneutique.

Le problème initial qui se pose est celui de l'identification de l'action : qu'est-ce qui distingue une action d'un autre événement ? Classiquement, la réponse à cette question consiste à répondre que c'est l'intention qui permet d'établir une différence entre les deux. Sauf qu'ici il ne s'agit pas, dans la lignée de Descartes, de la penser comme un état mental séparé. Wittgenstein remet largement en cause cette conception et insiste sur le fait que l'intention avec laquelle nous agissons, quand nous agissons, n'est pas un état interne dissociable, mais qu'elle est ce à partir de quoi une action peut être décrite et comprise comme ayant un sens. C'est l'idée que l'intention se voit dans l'action, que l'action en est l'*expression*, et non l'effet. Wittgenstein distingue ainsi deux types d'explication de l'action, l'une par les raisons, l'autre par les causes, renvoyant chacune à deux types de grammaires. La grammaire des raisons s'applique aux actions humaines et implique une relation logique *interne* et conceptuelle entre raisons et action, les raisons d'une action et cette action étant considérées comme inséparables. La grammaire des causes, quant à elle, s'applique à des événements et instaure une relation empirique *externe*, causal et mécanique, entre un événement et sa cause, ces derniers étant considérés comme séparables l'un de l'autre. Ainsi, lorsque je parle des *causes* d'une action, je désigne par là le lien de concordance régulier que je peux établir entre différents événements, dont certains conditionnent l'apparition d'autres. Je fais donc une hypothèse, que je peux vérifier ou réfuter par l'expérience. Lorsque je parle des *raisons* d'une action, je parle de quelque chose dont j'ai une

connaissance immédiate : car il serait absurde de parler d'une action que j'aurais faite intentionnellement et dont je découvrirais subitement, et après coup, la raison. Autrement dit, on ne connaît pas les causes comme on connaît les raisons. C'est ainsi qu'Anscombe, dans son ouvrage *Intention*, fait, dans le prolongement de Wittgenstein, la distinction entre une connaissance observationnelle et une connaissance non-observationnelle²⁷¹. Nous avons, insiste-t-elle, une connaissance non observationnelle de nos actions intentionnelles. Nous les savons, d'une manière immédiate, sans passer le plus souvent par le biais d'une observation extérieure, fondée sur le constat de régularités.

Nous devons donc distinguer deux types de grammaire (des raisons et des causes), reposant elles-mêmes sur deux types de connaissance (non observationnelle, observationnelle). Cela implique de distinguer également deux types d'explications. La première renvoie à une explication de type intentionnel et téléologique qui cherche à rendre compte du sens que les choses prennent pour un sujet. C'est cela *comprendre* une action. Cette explication échappe à une logique déductive et nomologique et se rattache davantage à une inférence pratique, à un calcul et à un choix des moyens en vue d'une fin visée. La seconde renvoie à une explication de type causal et mécaniste qui relie des phénomènes à des lois en rendant compte du mécanisme qui permet de les unir. Ainsi, ce qui au fond différencie ces deux genres d'explication, c'est que dans le cas de l'explication intentionnelle, ce qui permet de saisir le lien entre le phénomène à expliquer et les facteurs qui l'expliquent, ce sont des motifs, des raisons portées par un sujet ; tandis que dans le cas de l'explication causale, ce sont des mécanismes. Dès lors, si l'on accepte cette distinction, il faut affirmer, avec Wittgenstein, qu'on ne peut se contenter d'expliquer une action par des causes, mais qu'on doit toujours tenter d'en comprendre les raisons, si on veut rendre compte de cette action *comme action*, et non comme un simple évènement qui surgit dans le monde. Pour lui, identifier la raison d'une action c'est alors « révéler un calcul qui a permis d'aboutir à un certain résultat »²⁷². Autrement dit, comprendre une action, c'est reconstituer la manière dont un individu pense le monde, dont il use pour cela de mots ayant des significations, ces significations étant le résultat d'un certain usage du langage dans une société donnée, ce que Wittgenstein appelle un « jeu de langage » et qui s'inscrit dans des « formes de vie »²⁷³. De manière différente, l'explication causale relève d'une hypothèse qui « sera fondée si

²⁷¹ Gertrude E. M. Anscombe, *L'intention*, 1957, trad. M. Maurice et C. Michon, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2002, § 28.

²⁷² Ludwig Wittgenstein, *Le cahier bleu et le cahier brun*, trad. Guy Durand, Paris, Gallimard, « Tel », 1965, p. 66.

²⁷³ Ludwig Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, 1953, trad. Françoise Dastur, Maurice Elie, Jean-Luc Gautero, Dominique Janicaud et Élisabeth Rigal, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2004, § 23, p. 39.

un certain nombre d'expériences concordantes démontrent que l'action est bien la conséquence d'un certain nombre de conditions que nous appelons alors "causes de l'action" »²⁷⁴.

Wittgenstein répond donc au problème de la nature de l'explication de l'action en distinguant deux types d'explication (causale/intentionnelle) reposant elles-mêmes sur deux types de lien (externe/interne) unissant ce qui est expliqué et ce qui explique. On peut éclairer cela à l'aide de ce que l'on a appelé chez Melden « l'argument de la connexion logique »²⁷⁵. Melden rappelle que dans une explication causale classique, pour que cette explication soit valide, il faut qu'il y ait une séparation entre la cause et son effet, de sorte que la cause puisse être identifiée et décrite indépendamment de l'effet causé. C'est même l'objet de l'enquête causale que de rendre compte de la connexion externe et empirique entre (la ou) les causes et l'effet que l'on cherche à expliquer. Or, souligne Melden, si l'on veut suivre ce même schéma concernant l'action humaine, et que l'on cherche à donner un pouvoir causal à l'intention qui y préside, on se rend alors compte qu'en réalité, on ne peut pas dissocier d'un côté l'intention (ou les désirs, les motifs, les raisons d'agir, les croyances) d'une action, comme une cause, et de l'autre l'action, comme un effet. Il n'y a donc pas de relation causale entre une volition, un désir, une décision ou un choix, et une action, puisque on ne pourrait aucunement les mentionner sans dire qu'ils sont la volition, le désir, la décision, ou le choix de X. Par conséquent, à l'instar du désir ou du choix, « la décision ne saurait être une cause humaine interne de l'agir [...]. Lorsqu'on a décidé de faire X, cette décision n'est intelligible que comme décision de *faire X*. La référence à l'action est essentielle à l'idée même de décision »²⁷⁶. Il n'est donc pas possible de séparer nos raisons d'agir de nos actions : parler des unes, c'est forcément parler des autres, c'est en donner une certaine description, qui n'entre pas dans un schéma causal classique.

L'explication de type intentionnel emploie donc un tout autre modèle que l'explication causale : elle n'explique pas la même chose, ne répond pas au même « pourquoi ? ». Pour le dire dans les termes de Melden, les causes et les raisons renvoient à deux jeux de langage distincts. Certes, il nous arrive souvent de les confondre, et de parler de nos désirs, de nos croyances ou de nos volitions comme de causes de nos actions, mais c'est à strictement parler un abus de langage, si on entend par cause une cause humaine. Le langage de l'action n'est pas le langage de la cause, et il faut maintenir un dualisme entre ces deux jeux de langage. Neuberg résume ainsi l'argument de Melden :

« En appréhendant une action, on se place d'emblée dans un jeu de langage – le langage de l'action – différent de celui qui s'applique aux événements, et incompatible avec lui. Tandis que le premier utilise les notions de personne, de raison d'agir, d'intentionnalité,

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 65.

²⁷⁵ Abraham I. Melden, « L'action libre », 1961, in M. Neuberg, *Théorie de l'action*, *op.cit.*, p. 35-59.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 47.

de sens, de responsabilité, etc., le second parle d'objets, de causes, de lois de la nature, etc. »²⁷⁷

Deux langages, deux approches, deux modes explicatifs, deux formes de connaissances qui sont aussi deux philosophies. En cela, il semble qu'on puisse parler sans exagération, avec la seconde philosophie de Wittgenstein, d'un tournant « intentionnaliste » dans les débats sur la naturalisation des sciences humaines et sociales. Ce qui fait en partie l'originalité de cette ligne philosophique, c'est qu'elle livre bataille sur deux fronts à la fois. Elle lutte premièrement, à l'instar des herméneutes de la fin du XIX^e siècle, contre le positivisme, et en particulier contre sa reformulation behavioriste qui cherche à rendre compte des comportements humains selon une connaissance purement observationnelle et causale. Mais deuxièmement, à l'inverse, les wittgensteiniens ne veulent pas non plus souscrire à une théorie mentaliste cartésienne, qui consiste à faire de l'action humaine la réalisation d'un état mental interne et privé, séparable de l'action proprement dite. En cela, les wittgensteiniens s'écarterent largement des herméneutes, et s'ils luttent contre la même domination positiviste, ils le font avec des armes différentes, et les armes avec lesquelles luttaient les herméneutes sont aussi ce contre quoi les wittgensteiniens combattent. Ainsi, s'il y a bien des points de rencontre importants entre le courant analytique wittgensteinien et le courant herméneutique, cela ne doit pas, comme le souligne V. Descombes, nous « conduire à surestimer certaines affinités »²⁷⁸.

À l'intérieur de ce nouveau cadre de pensée, plusieurs auteurs, dans le prolongement de la pensée de Wittgenstein, explorent de nouvelles pistes de travail. On peut penser à *Intention* de G. E. M. Anscombe, paru en 1957 et sur lequel on reviendra, à *The Idea of a Social Science* de Peter Winch paru l'année suivante, où celui-ci défend un modèle de compréhension des phénomènes sociaux distinct de celui qui est utilisé dans les sciences naturelles. On peut ajouter l'ouvrage de Charles Taylor, *The Explanation of Behavior*, publié en 1964 qui cherche à montrer que dans le domaine de la psychologie, on ne peut se passer d'un modèle d'explication téléologique laissant une large place à la notion d'intention. Dans une veine similaire, il nous faut nous arrêter sur l'ouvrage de William Dray, *Laws and Explanation in History*, de 1957, qui s'attache à construire un modèle d'explication qu'il estime capable, dans le domaine de l'histoire, de supplanter celui de Hempel que nous avons examiné.

L'ouvrage de Dray nous intéresse ici particulièrement en ce qu'il a donné lieu à ce que l'on a appelé la controverse "Hempel-Dray" qui se cristallise autour de la question de savoir quel modèle explicatif est approprié à l'histoire en particulier et aux actions humaines en général. Dray y remet en cause le modèle hempelien d'explication selon des lois empiriques de couverture, et défend contre

²⁷⁷ Marc Neuberger, in *Théorie de l'action*, op. cit., introduction, p. 12-13.

²⁷⁸ Vincent Descombes, *La donnée mentale*, op. cit., p. 56.

lui un modèle rationnel. Tandis que Hempel remarque que dans les disciplines historiques, rares sont les analyses faisant appel à des lois générales pour rendre compte d'événements particuliers, et explique cette situation par la difficulté ou l'inutilité de la formulation précise de ces lois, Dray part du même constat et en tire des conclusions tout à fait différentes. Pour lui, les explications historiques ne reposent pas sur des lois générales. Elles s'appuient sur une tout autre structure logique, qui n'est pas de type nomologique, et qu'il nomme « l'explication rationnelle » (*rational explanation*). Selon lui, les explications causales issues du modèle de Hempel ne parviennent pas à isoler les traits spécifiques des explications du comportement humain que l'on trouve en histoire. Surtout, elles ne rendent pas compte du travail concret opéré par les historiens. Selon Dray, l'historien considère qu'une explication d'un événement historique est adéquate lorsqu'il est parvenu à reconstruire les raisons que les acteurs historiques avaient d'agir comme ils l'ont fait, en montrant que l'action accomplie était ce qu'ils considéraient comme la bonne chose à faire étant donné les raisons d'agir qui étaient les leurs. Pour expliquer une action, il y a donc deux éléments dont il faut chercher à rendre compte dans la reconstruction du raisonnement de l'agent : l'estimation du contexte et des moyens, et la définition de la bonne chose à faire étant données les circonstances. Ainsi écrit Dray, on doit reconstituer « le *calcul* par l'agent des moyens qui sont adaptés à la fin qu'il s'est choisi à la lumière des circonstances dans lesquelles il se situe ». Une telle reconstitution fait donc l'hypothèse d'une certaine rationalité de l'agent, ce qui ne signifie ni que l'agent soit toujours rationnel ni qu'il y ait une seule et unique manière d'agir rationnellement. Les raisons qu'un agent a d'agir se définissent alors comme ce à quoi l'action lui apparaît comme une réponse adéquate. Ces raisons d'agir se comprennent comme des attitudes mentales cognitives (des croyances) ou volitives (une intention, une volonté de réaliser quelque chose), et d'après Dray, il serait impossible de se passer d'elles pour rendre compte d'un événement historique.

L'objectif du modèle défendu par Dray est d'établir une connexion d'ordre logique entre une action et des raisons d'agir, de sorte qu'à la lumière de cette relation, cette action apparaisse comme rationnelle, c'est-à-dire qu'on puisse en comprendre et en évaluer la rationalité. Or dit Dray, une telle connexion ne peut être obtenue par des lois de couverture comme le défend Hempel, mais par ce qu'il appelle des principes de l'agir qui n'impliquent pas une telle régularité nomologique. Étant chaque fois singulières à un individu et à un contexte donné, les raisons d'agir ne peuvent pas faire l'objet d'une formalisation, d'une généralisation et d'une subsumption sous des lois empiriques. La connexion entre raisons d'agir et action ne peut être obtenue par déduction d'une proposition générale du type : « Tout individu rationnel pris dans des circonstances X agirait de manière Y ». Avec des lois de couverture, ce que l'on montrerait, au mieux, c'est que le comportement singulier de tel agent correspond à un type d'action qui est la plupart du temps accompli par les agents ayant telles

croyances et telles intentions et lorsqu'ils sont pris dans certaines circonstances ou conditions définies.

Ce schéma d'explication rationnelle défendu par Dray peut être rapproché d'après von Wright de ce que l'on appelle, depuis Aristote, le syllogisme pratique ou syllogisme de l'action, par opposition au syllogisme théorique ou déductif²⁷⁹. Le syllogisme pratique se comprend comme un raisonnement inférentiel et téléologique : étant donnée telle fin qu'un agent s'est fixée, il va subordonner le choix de ses moyens d'action à la réalisation de cette fin. Un tel syllogisme comprend : une majeure, énonçant l'intention ou la finalité qu'un agent a de produire un certain état de choses ; une mineure énonçant que cette finalité ne peut être atteinte que s'il prend une décision (d) ou fait le choix de tel moyen (m) ; la conclusion est qu'alors l'agent prend la décision (d) ou fait le choix (m) en vue d'atteindre son intention initiale. Concernant ce syllogisme, on peut tout à fait accorder qu'interviennent des propositions générales dans le calcul et dans la délibération sur les moyens appropriés à la fin que l'on souhaite poursuivre. C'est d'ailleurs ce que fait Dray en parlant de principes de l'agir. Pour autant, à la différence du syllogisme déductif ou théorique, duquel on peut rapprocher le modèle D-N de Hempel, la conclusion qui découle des prémisses posées n'est pas nécessaire. En effet, dans le syllogisme déductif, de la majeure énonçant une loi et de la mineure énonçant une condition ou une circonstance particulière, résulte nécessairement la conclusion. Or dans le syllogisme pratique, si le raisonnement opéré indique bien quels moyens peuvent être employés, il ne dit jamais s'il est nécessaire d'employer ces moyens, s'il faut employer ce moyen-là plutôt qu'un autre, et n'implique pas qu'on agisse nécessairement.

Ce qui pose néanmoins problème dans le modèle de Dray, c'est qu'en quelque sorte, il ne respecte pas cette contingence du raisonnement pratique qu'il défend pourtant, et qui participe du caractère unique d'un événement historique. En effet, il réintroduit une idée de nécessité dans la connexion logique et rationnelle qu'il cherche à établir entre raisons d'agir et action. C'est la critique majeure que lui formule notamment Aron. Cette nécessité, selon lui, n'existe pas dans l'action humaine. Ainsi écrit-il :

« Lorsque Dray veut retrouver la nécessité dans la rationalité, il se trompe, à mon avis, parce qu'il veut retrouver, par le biais de l'interprétation de la conduite, l'équivalent de la nécessité naturelle. Or, à mon sens, ce qui fait l'essence de l'explication par l'acteur et ses calculs, c'est que, précisément, on ne retrouve pas la nécessité. On retrouve l'intelligibilité et non la nécessité. »²⁸⁰

²⁷⁹ Le syllogisme théorique est défini par Aristote dans les *Premiers Analytiques*, 24b18-22, et dans les *Topiques*, Livre 1, 100a 25-27 ; le syllogisme pratique fait l'objet de longues analyses dans l'*Éthique à Nicomaque*, sur lesquelles nous reviendrons, notamment lors de l'analyse de la question du choix préférentiel (*prohairésis*) et de la délibération (*bouleusis*).

²⁸⁰ Raymond Aron, *Leçons sur l'histoire*, op. cit., p. 139.

On peut faire deux remarques à partir de cet extrait de Aron. La première concerne la tendance, que l'on trouve souvent du côté des sciences humaines, à rechercher des modèles ou des outils explicatifs qui soient tout à fait spécifiques à leurs domaines de recherches, mais avec des exigences similaires à celle des sciences naturelles. Autrement dit, on retrouve souvent cette ambiguïté qui réside dans le fait qu'à la fois les sciences humaines veulent affirmer une indépendance de méthode et de résultats par rapport aux autres sciences, et en même temps, du fait certainement des critiques qui leur sont adressées, notamment concernant leur manque de scientificité, elles continuent de chercher à répondre à des critères dont elles ont pourtant affirmé qu'elles ne les reconnaissaient pas. C'est ici ce qu'on peut lire dans la démarche de Dray. À la fois, il remet en cause le modèle de Hempel et nie que l'explication par des lois de couverture impliquant avec nécessité la conclusion à laquelle elle aboutit puisse s'appliquer aux cas d'actions humaines et en particulier dans une science comme l'histoire. Mais en même temps, il ne peut s'empêcher de rechercher, comme le souligne Aron, une nécessité équivalente à la nécessité naturelle, qu'il trouve dans une nécessité rationnelle, que l'on pourrait reconstruire *a posteriori*. On voit que l'une des difficultés inhérentes à celles des sciences humaines qui veulent affirmer leur autonomie par rapport au modèle des sciences naturelles est de parvenir à penser des modèles explicatifs qui leur soient vraiment propres et qui ne soient pas, de près ou de loin, toujours construits en réponse à l'idéal positiviste qui guide les sciences naturelles et dessine une certaine idée de la science, voire un certain idéal, pour l'ensemble des sciences, y compris humaines.

La seconde remarque que nous pouvons faire, renvoie au fait que lorsqu'un historien montre que l'action qu'a menée un acteur de l'histoire était la bonne chose à faire dans ce contexte, il ne produit pas en réalité une véritable explication de l'action en question. Montrer qu'il était rationnel d'agir ainsi n'explique pas forcément qu'on ait effectivement agi ainsi, car écrit Aron, « une raison peut être une “bonne raison”, au sens d'un principe auquel on pourrait se référer pour justifier sa conduite, sans que ce principe ait en fait la moindre influence sur nous »²⁸¹. On pourrait même, imaginer qu'un individu ait des raisons non rationnelles d'agir d'une manière qui pourtant apparaît comme rationnelle aux yeux de l'observateur historien. Il demeure, quelle que soit notre perspicacité, une forme de secret de l'intention avec laquelle l'individu agit. Ainsi, en reconstruisant, sous la forme d'un raisonnement pratique, les raisons qu'avait un individu d'agir comme il a agi, on n'aboutit pas à un raisonnement nécessaire, qui aurait la forme d'un syllogisme déductif dirait Aristote, ou qui rentrerait dans le modèle D-N de Hempel. On parvient plutôt à la reconstruction d'un syllogisme pratique, dont la conclusion n'est jamais nécessaire. On reconstruit de la manière la plus plausible

²⁸¹ *Ibid.*, p. 141.

que l'on peut la délibération d'un acteur, pour rendre compte du choix qui a été le sien. La seule nécessité que l'on retrouve est celle que le sujet a construite en agissant comme il l'a fait, qui n'est pas une nécessité naturelle, mais une nécessité, si l'on veut encore employer ce terme, *après coup*.

Notons par ailleurs que cette rationalisation, cette justification *a posteriori* de l'action est celle qui *paraît* la plus plausible, qui correspond le mieux au contexte et à la connaissance que l'on a de l'acteur et des fins qu'il semblait s'être données, mais qu'après tout, avec des connaissances plus étendues notamment, ou en ayant accès au témoignage de l'acteur par exemple, une autre rationalisation pourrait être possible. On est donc bien du côté d'une interprétation, d'une description interprétative, qui peut être sujette à débat, et non du côté de l'identification d'une nécessité naturelle univoque. C'est ainsi qu'en histoire, les historiens peuvent proposer des interprétations concurrentes de faits similaires, ou que dans la sphère juridique, dans un procès par exemple, ont lieu des débats concernant la manière dont on peut qualifier un acte, le comprendre et éventuellement le sanctionner. C'est le cas, par exemple, lorsque la question de la préméditation d'un acte est au cœur d'un procès, ou lorsque l'on s'interroge sur les circonstances éventuellement atténuantes ou aggravantes qui entourent un acte, ou encore lorsque l'on s'interroge sur son aspect volontaire ou involontaire, et qu'en fonction de l'interprétation qu'on en donne, qui prête à discussion, l'acte lui-même change de signification : cet individu avait-il l'intention de donner la mort, de sorte qu'on peut fournir des preuves de sa préméditation par exemple, et auquel cas, c'est d'un meurtre dont il s'agit ? Ou bien ce même individu a-t-il commis un acte involontaire dans des circonstances qu'il n'avait absolument pas anticipées, et auquel cas, il ne s'agit pas d'un meurtre, mais d'un homicide involontaire ?

On peut observer que dans le modèle de Dray que nous venons d'exposer apparaissent des notions, comme celles de compréhension, d'interprétation, ou encore de contextualisation que nous avons déjà pu voir se déployer dans la description faite par Dilthey de la méthode propre aux sciences de l'esprit. Toutefois, on ne se situe plus, comme avec Dilthey lorsqu'il caractérise la méthode propre des sciences de l'esprit, du côté d'une *Einfühlung*, d'une saisie intuitive de ce qui s'est passé dans la conscience d'un acteur qui nécessiterait une participation psychologique totale de l'interprète à cette conscience. On se situe plutôt du côté d'une interprétation intellectuelle et sémantique, en termes d'intentions, de motivations, et de raisons d'agir. Ainsi, on peut en conclure avec Aron que le modèle de Dray « ouvre une théorie positive et rationnelle des sciences de l'esprit qui retient ce qu'il y a de valable dans la tradition des *Geisteswissenschaften* sans tomber le moins du monde ni dans le mysticisme, ni dans le spiritualisme »²⁸².

²⁸² *Ibid*, p. 149.

Remarquons enfin, pour terminer sur ce point, que lorsque Dworkin, dans *l'Empire du droit* notamment, s'attache à reconstituer le cheminement qui permet à un juge dans un cas difficile d'aboutir à une décision, c'est un modèle explicatif très proche de celui de Dray qu'il reprend à son compte. On verra qu'à l'instar de Dray lorsqu'il décrit le travail de reconstitution des historiens, Dworkin décrit la délibération du juge comme un processus de réflexion guidé par un certain nombre de principes que chaque juge a à charge de redéfinir en fonction des circonstances, et que ce processus vise au final à rendre la meilleure des décisions possibles.

2. La structure intentionnelle de l'action et le raisonnement pratique

Il nous reste à entrer plus avant dans la caractérisation du raisonnement pratique qui définit l'action intentionnelle. Nous avons vu que les réalistes américains ont voulu rompre avec une vision du travail judiciaire beaucoup trop formaliste, qui ne rendait pas assez compte de la pratique judiciaire telle qu'elle est véritablement mise en œuvre. En effet, d'après eux, en présentant le raisonnement judiciaire sous la forme d'un syllogisme formel, la théorie juridique a manqué son objet et oublié l'influence du contexte et de la psychologie des juges sur la prise de décision qui ne se réduit en aucun cas à l'application stricte de règles juridiques. On pourrait dire qu'en formulant cette critique, au fond, les réalistes soulèvent le problème philosophique suivant : comment rendre compte des raisonnements pratiques ? Quels sont leurs spécificités ? Peut-on les connaître de la même manière que l'on connaît des raisonnements théoriques ? Les philosophes intentionnalistes dont nous parlons pensent justement que nos raisonnements pratiques ont une structure logique spécifique, qui donne lieu à son tour à un type de connaissance spécifique qui mérite d'être ici décrit et précisé.

Intention de G.E.M. Anscombe, est en ce sens tout à fait exemplaire. Ce qui nous intéresse particulièrement dans l'ouvrage d'Anscombe c'est, outre sa définition de l'intention, le fait qu'elle établisse l'intention comme le principe formel de l'action et surtout qu'elle comprenne la forme logique de l'action comme un raisonnement pratique, renouant ainsi avec l'héritage aristotélicien, ce qui ouvre alors la voie à une réflexion, essentielle pour nous, sur l'idée de connaissance pratique. Ce point est absolument crucial, et il importe de lui réserver une place de choix dans notre réflexion car, comme von Wright l'affirme avec force dans *Explanation and Understanding* :

« le syllogisme pratique fournit aux sciences de l'homme ce qui leur a longtemps fait défaut du point de vue de leur méthodologie : un modèle d'explication à part entière qui est une alternative clairement définie au modèle théorique de subsumption sous des lois de couverture. De manière générale, ce que le modèle théorique de subsumption est à l'explication causale et à l'explication dans les sciences naturelles, le syllogisme pratique

l'est à l'explication téléologique et à l'explication en histoire et dans les sciences sociales. »²⁸³

L'action intentionnelle résulte, selon Anscombe, d'un raisonnement ou syllogisme pratique. Ce raisonnement se comprend comme l'activité rationnelle par laquelle un agent se questionne sur la manière dont il convient d'agir étant donné le contexte dans lequel il se situe et l'objectif qu'il s'est donné. La particularité du raisonnement pratique, ce qui fait qu'il est justement *pratique*, c'est qu'il débouche sur une action. Le problème, souligne Anscombe, c'est que le plus souvent, le raisonnement pratique est rabattu sur un raisonnement purement théorique :

« Le raisonnement pratique [...] fut l'une des plus brillantes découvertes d'Aristote. Pourtant, on a perdu de vue son véritable caractère. On croit en général qu'il s'agit d'un raisonnement ordinaire conduisant à une conclusion telle que : "je dois faire telle ou telle chose". Par "raisonnement ordinaire", j'entends le seul raisonnement que la philosophie prenne en compte habituellement : le raisonnement portant sur la véracité d'une proposition que les prémisses sont censées prouver. »²⁸⁴

On comprend alors le raisonnement pratique sous une forme légaliste et intellectualiste, comme si la conclusion était déduite d'une loi, permettant de dégager ce qui est à faire. On réfléchit alors comme s'il s'agissait de retrouver les bonnes règles s'appliquant au cas et aux circonstances dans lesquelles nous nous situons, confondant alors casuistique et raisonnement pratique. L'inconvénient de ces raisonnements pseudo-pratiques est « de ne pas conduire à une quelconque action, malgré la nécessité de sa conclusion »²⁸⁵. En effet, exemplifie-t-elle, on peut très bien conclure, du fait des coloris, de la mode ou de nos besoins, qu'un vêtement vu dans une vitrine nous irait très bien, ne pas rencontrer d'obstacle financier ou de contretemps empêchant d'en faire l'achat, et ne pas l'acheter pour autant, sans que cela puisse être incohérent. Si la conclusion d'un tel raisonnement est logiquement nécessaire, elle ne l'est pas en pratique. Encore faut-il que ce vêtement, je le veuille, et que mon raisonnement ait pour objectif une réelle action.

Cette erreur d'interprétation de la nature de raisonnement pratique et de sa spécificité, selon Anscombe, provient d'Aristote lui-même. En effet, Aristote distingue raisonnement pratique et théorique selon la matière sur laquelle ils portent. Le syllogisme théorique porterait sur ce qui ne change pas, sur ce qui est immuable et nécessaire, sur le monde supralunaire qui seul serait susceptible d'être connu scientifiquement. Tandis que le syllogisme pratique porterait sur des choses particulières

²⁸³ « the practical syllogism provides the sciences of man with something long missing from their methodology : an explanation model in its own right which is a definite alternative to the subsumption-theoretic covering law model. Broadly speaking, what the subsumption-theoretic model is to causal explanation and explanation in the natural sciences, the practical syllogism is to teleological explanation and explanation in history and the social sciences. » (Nous traduisons), Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*, *op. cit.*, p. 27.

²⁸⁴ *Ibid.*, § 33, p. 109.

²⁸⁵ *Ibid.*

et non nécessaires, sur le monde sublunaire et contingent, qui, à proprement parler, n'est pas susceptible de science. Ainsi, l'action – et donc ce qui introduit encore du changement dans ce qui est déjà contingent, puisque changeant – ne pourrait être susceptible d'un véritable raisonnement théorique, le raisonnement pratique apparaissant comme un syllogisme abâtardi. On aboutit ici à l'idée qu'il n'y aurait qu'une seule forme de connaissance véritable et authentique : la connaissance théorique. Cette affirmation a alors pour corollaire l'idée que l'expression même de « connaissance pratique » serait usurpée, ne renvoyant qu'à une « connaissance » de second ordre. Il s'agit ici pour Anscombe, comme le souligne V. Descombes, de s'opposer au « positiviste bon teint, un penseur pour lequel il n'existe qu'une seule notion de la connaissance, celle qui est “théorique” ou “contemplative” »²⁸⁶. Le problème de la philosophie moderne, selon Anscombe, aurait été de méconnaître, ou de refuser de reconnaître qu'il peut exister une véritable connaissance pratique là où les philosophes anciens et médiévaux la reconnaissaient pourtant :

« On trouve certainement dans la philosophie moderne une conception de la connaissance qui est irrémédiablement contemplative. Pour parler de connaissance, il faut juger que cela même est en accord avec les faits. La réalité, les faits sont premiers et dictent ce qu'il faut dire s'il s'agit de connaissance. Voilà la raison de la profonde obscurité dans laquelle nous nous trouvons. En effet, s'il y a deux connaissances, l'une par l'observation et l'autre dans l'intention, il semble qu'il doive y avoir deux objets de connaissance. Mais si on dit qu'elles ont le même objet, on cherche en vain l'autre *mode de connaissance contemplative* dans l'agir, comme s'il y avait une sorte d'œil étrange regardant l'action en train de se faire. »²⁸⁷

On ne pourrait donc pas parler de connaissance de l'action puisqu'on ne pourrait pas l'identifier indépendamment de nous-mêmes, et s'y reporter pour vérifier la conformité de notre action à cette dernière. Or le raisonnement pratique et l'action sur lequel il débouche ne cherchent pas à prouver des prémisses censées être vraies, et, comme Anscombe le souligne, l'intention n'est pas différente et séparable de l'action, puisqu'elle en est la forme logique. Dégager une connaissance de nos actions ne revient pas à observer de l'extérieur notre action, avec un « œil étrange », qui serait un œil étranger. Il s'agit là d'une connaissance non observationnelle où, comme le remarque V. Descombes, « je sais comment quelque chose est constitué, non pas parce que j'en ai inspecté la réalité, mais parce que j'en ai produit la réalité, parce que c'est moi qui l'ai fait »²⁸⁸.

Si l'on accepte l'existence d'une connaissance pratique à part entière, il faut alors en conclure qu'on peut faire des erreurs pratiques, de la même manière que, si on se situe dans le domaine de la

²⁸⁶ Vincent Descombes, *Le raisonnement de l'ours et autres essais de philosophie pratique*, Paris, Seuil, 2007, introduction, p.14.

²⁸⁷ Gertrude E. M. Anscombe, *Intention*, op. cit., § 32, p. 108.

²⁸⁸ Vincent Descombes, *Le raisonnement de l'ours*, op.cit., p. 14.

connaissance théorique, on peut faire également des erreurs théoriques, et que les premières ne sont pas des erreurs au même sens que les secondes. En effet, faire une erreur théorique, c'est produire une description qui n'est pas conforme à l'état du monde. La réparer consiste alors non pas à modifier le monde, mais notre langage, de manière à ce qu'il soit adéquat à ce qui est. Faire une erreur pratique, c'est se tromper dans notre action, faire quelque chose qui n'est pas en conformité avec ce que nous voulions ou ce que nous avons dit. La corriger, c'est alors intervenir sur l'état du monde pour faire en sorte qu'il corresponde avec ce qui était voulu ou dit. On a alors affaire à deux directions d'ajustement différentes, pour reprendre la terminologie d'Austin puis de Searle²⁸⁹. Dans un cas, il s'agit d'ajuster les mots au monde (« *to get the words to match the world* »), dans l'autre, le monde aux mots (« *to get the world to match the words* »)²⁹⁰.

Pour éclairer l'idée d'une distinction entre connaissance pratique et connaissance théorique, on peut également faire appel à Ryle, et à la différence qu'il établit entre « savoir que » (*to know that*) et « savoir comment » (*to know how*)²⁹¹. « Savoir que », c'est avoir un savoir théorique sur quelque chose, cela désigne l'ensemble des vérités que l'on possède sur quelque chose. « Savoir comment » est un savoir pratique qui renvoie à une aptitude, à une capacité à faire quelque chose. Par cette distinction, Ryle s'attaque au préjugé intellectualiste qui consiste à ne considérer comme intelligente que l'action où l'agent pense à ce qu'il fait, et où, en agissant, il suit un certain nombre de règles et de critères dont il a préalablement reconnu la pertinence. Il remet ainsi en cause, non sans malice, le préjugé qui dit que pour agir intelligemment, on ne doit pas manquer de « s'admonester » auparavant :

« Avant de confectionner un mets, le maître queux doit se réciter la recette ; avant de sauver un homme qui se noie, le héros doit tendre son oreille intérieure à l'impératif moral approprié ; avant d'avancer ses pions correctement et habilement, le joueur d'échecs doit repasser dans sa tête toutes les règles et maximes tactiques du jeu. Selon cette légende, faire quelque chose en pensant à ce que l'on fait revient toujours à faire deux choses, à savoir penser aux propositions ou prescriptions appropriées pour, ensuite, mettre en pratique ce que ces prescriptions ou propositions enjoignent ; en bref, faire un peu de théorie avant de passer à la pratique. »²⁹²

Enfin, il y a une dernière caractéristique essentielle concernant le raisonnement pratique et la manière dont on peut le comprendre et le connaître. C'est le fait que le raisonnement pratique se fait à la première personne : un raisonnement dans lequel je suis acteur – dans lequel je raisonne en vue

²⁸⁹ Voir en particulier, John Austin, « How to Talk – Some Simple ways » (1953), *Philosophical Papers*, Oxford, Oxford University Press, 1961 ; John Searle, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969 et *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

²⁹⁰ John Searle, *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, chap. I, p. 3.

²⁹¹ Gilbert Ryle, *La notion d'esprit* (1949), trad. S. Stern-Gillet, Paris, Payot & Rivages, 2005. Voir en particulier le chap. II.

²⁹² *Ibid.*, p. 99.

d'agir – et non spectateur. En effet, tant que je reste du côté de l'imagination de ce que je pourrais faire, ou de ce qu'il faudrait faire si j'étais dans telle ou telle situation, je n'entre pas encore dans le cadre d'un raisonnement pratique, qui recherche une action ici et maintenant. D'ailleurs, dans son *Éthique à Nicomaque*, quand Aristote aborde la question des syllogismes pratiques, il emploie l'expression « *sullogismoî tòn praktôn* »²⁹³, cette expression signifiant littéralement qu'il s'agit de raisonnements qui portent sur ce qui est *faisable*, ce qui implique donc un élément central d'appréciation du contexte. Ainsi, si l'on envisage la décision d'un juge comme un raisonnement réellement pratique, il faudra l'envisager dans sa singularité intentionnelle, comme un « je » qui se positionne dans un contexte juridique, social, économique, politique et historique particulier.

Ce dernier point renvoie au fait que le raisonnement pratique s'apparente à un « phénomène d'ordre »²⁹⁴ : il est une manière de sélectionner et d'ordonner et de hiérarchiser un ensemble de moyens en vue d'une fin, qui est la marque même de l'intentionnalité. L'intention est la structure fonctionnelle de l'action intentionnelle, elle ne s'y surajoute pas, elle en est la forme. Il ne faudrait alors pas faire cette erreur que Ryle dénonce très bien à propos de l'esprit humain et de sa relation avec le corps²⁹⁵, lorsqu'il compare la manière dont la philosophie moderne a le plus souvent pensé l'esprit, à celui à qui, après qu'on lui a fait visiter les collèges, bibliothèques, et divers bâtiments d'Oxford, demanderait encore : où donc est l'université ? Il en est de même avec un raisonnement pratique dont on décrirait les différentes étapes, et pour lequel, une fois cette tâche exécutée, on demanderait : mais où est l'intention ? L'intention, l'université ou l'esprit ne se réduisent pas à une série de descriptions, de bâtiments, ou d'états corporels, ils ne sont pas non plus quelque chose de plus qu'eux, mais ils en sont la structure fonctionnelle, la forme même, le principe d'organisation.

Si l'intention est bien un phénomène d'ordonnancement, que le raisonnement pratique est celui qui délibère sur les moyens d'atteindre la fin donnée, et sur la question de savoir s'il faut vraiment poursuivre cette fin, c'est donc que cet ordre n'est pas donné *a priori*, et que différents ordres de choses pourraient être défendus. Le principe de la rationalité pratique est qu'elle n'admet pas nécessairement une seule et même conclusion. On aboutit alors à l'idée qu'une pluralité de biens et de fins peuvent s'offrir à nous, lorsque l'on ne se situe pas dans une activité entièrement technique et codifiée, ou des directives univoques nous indiquent comment agir. Et toute la question, pour nous, sera d'évaluer dans quelle mesure le juge échappe – peut échapper, devrait parfois échapper – à une stricte mise en œuvre des directives juridiques, s'émancipant ainsi du rôle de technicien qu'on est

²⁹³ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, Paris, GF, 2004, VI, 13, 1144a31-32.

²⁹⁴ L'expression est de Vincent Descombes, *La denrée mentale*, *op. cit.*, chap. 1, p. 42.

²⁹⁵ Gilbert Ryle, *La notion d'esprit* (1949), *op. cit.*, chap. I, p. 82.

souvent prompt à lui donner. Un auteur comme Dworkin, on le verra, cherche en particulier à comprendre cette échappée et à montrer qu'elle n'est pas pour autant hors de tout contrôle.

Là où le raisonnement théorique amène à une seule et unique conclusion, le raisonnement pratique peut conduire à diverses réponses pratiques : car on peut délibérer sur les moyens, mais on peut également délibérer sur les fins poursuivies et l'ordre de priorité dans lequel chercher à les satisfaire. En effet, une proposition vraie à laquelle je parviens ne peut pas venir en contredire une autre, qui serait tout autant vraie. Ce serait une erreur logique. C'est que l'une des deux, ou les deux sont fausses, ou que je les interprète mal, et que j'en dégage des implications indues. Au contraire, dans le cas du raisonnement pratique, ceci peut arriver, et c'est même ce qui est le plus souvent le cas, induisant la nécessité d'une réflexion rationnelle sur ce qu'il convient de faire. Comme le souligne V. Descombes, dans *Le raisonnement de l'ours*, l'homme rationnel et raisonnable est celui qui est capable de combiner diverses fins, de concilier au sein de son action différentes exigences, en fonction du contexte dans lequel il se trouve, de l'évolution des événements qui l'entourent, et des besoins qui se font sentir. Ce n'est pas celui qui ne vise qu'une seule et unique fin, n'en conçoit aucune autre, et se borne à mettre tous les moyens en œuvre pour l'atteindre. Car au final, celui qui agit ainsi, c'est le fanatique, celui qui ne délibère plus sur les fins, mais uniquement sur les moyens. Or, la caractéristique de la vie humaine est qu'elle est traversée d'événements, de circonstances, qui nous amènent constamment à redéfinir nos lignes d'action, sous peine d'échec. Et, ainsi que l'écrit V. Descombes, « le fait d'une diversité des biens est cela même qui appelle de notre part l'attitude rationnelle qui consiste à *délibérer* (plutôt qu'à fixer arbitrairement un programme et à l'exécuter sans plus) »²⁹⁶. Ces différentes fins qui s'offrent à nous, ne sont donc ni formalisables *une fois pour toutes* ni forcément commensurables. C'est bien pour cela que le juge – comme tous les autres hommes – ne peut se permettre d'agir mécaniquement, en se référant à des règles actions en nombre limité, qui indiqueraient toujours une marche à suivre. Ce serait négliger l'essence même du domaine de l'action. Il se voit au contraire souvent dans l'obligation de devoir réévaluer la manière dont les lois s'appliquent à certaines situations et ce faisant, délibérer et décider de manière inventive.

²⁹⁶ Vincent Descombes, *Le raisonnement de l'ours*, op.cit., p. 24.

3. Implications de la conception intentionnaliste du raisonnement pratique dans la perspective d'une explication réaliste du jugement judiciaire

Nous pouvons maintenant, à propos de cette description intentionnaliste du raisonnement pratique, nous demander : en quoi cette description, les concepts qu'elle met en œuvre, et sa modélisation dans une explication rationnelle inspirée du modèle de Dray, serait-elle plus efficiente qu'une explication causaliste pour rendre compte de ce que fait effectivement un juge ? Les réalistes américains partent du constat que le juge n'est pas un simple exécutant, même s'il n'a pas non plus le pouvoir de faire dire tout et n'importe quoi à la loi. Ainsi, si la plupart du temps son activité est codifiée, prévue, encadrée par un ensemble de règles qui le conduisent à une décision, il arrive que dans les cas dits litigieux (*trouble cases*), cela ne soit pas le cas. Il se peut que le juge, alors qu'il doit respecter la loi dans son ensemble, se trouve dans une situation où toutes les règles ne peuvent pas être satisfaites en même temps et au même degré et qu'il doive établir un ordre de priorité. Il doit alors choisir entre une *pluralité de fins*, répondant à différents biens, ce qui se matérialise alors pour lui par une délibération sur la hiérarchisation des règles qui s'imposent à lui. Il se peut également que différentes lectures de la doctrine juridique à laquelle il est soumis soient possibles, ou que le cas auquel il fait face puisse être susceptible de diverses qualifications. Il doit alors *délibérer sur les moyens* qui sont à sa disposition, qui peuvent être concurrents, et sur la manière d'*apprécier* le contexte du cas qu'il doit juger. Il se peut enfin qu'un changement contextuel important (pression politique, économique, médiatique, etc.) sollicite les capacités d'innovation du juge et appelle à une décision « sans précédent ». La question est alors de savoir dans quelle mesure il peut faire évoluer l'application des lois déjà à sa disposition pour s'adapter aux nouvelles formes de cas qu'il a à traiter, ou si au contraire son usage des lois doit chercher à endiguer les nouveaux comportements qui surgissent. En d'autres termes, la question posée est celle de l'*ajustement* des lois au monde, ou du monde aux lois. On voit ici, au fil de ces remarques, qu'il est aisé de puiser dans le réservoir conceptuel des intentionnalistes pour redécrire les problèmes que rencontrent les réalistes.

Les décisions singulières qui sont prises dans ces *trouble cases*, où précisément la question de la *chose à faire* se pose, sont des décisions qui, tout en étant rationnelles, et, en un sens, prévues par la loi, ne sont pas prévisibles. On se situe en effet dans des cas où une formalisation de la décision à prendre – et après coup, de la décision prise – pose problème, puisque les techniques habituelles de jugement ne peuvent être appliquées sans discernement ni adaptation préalable. Le juge qui se situe dans ce contexte indécis n'a alors pas d'autre choix que de mettre en question les raisonnements

pratiques communément mis en œuvre par ses pairs. Il s'agit alors de s'interroger sur les fins que l'on veut voir défendues en priorité par la loi, sur les moyens qu'elle fournit pour ce faire, et sur les modes de justifications, les motivations qui peuvent être ensuite donnés à cet effet.

Le juriste ou le philosophe qui cherche à étudier le comportement des juges dans ce type de cas s'efforce de reconstruire le raisonnement réel que le juge a conduit, et de montrer ce qu'il a d'unique. Puisqu'un autre jugement aurait pu être rendu, il faut comprendre pourquoi c'est celui-ci qui a eu lieu, et pas un autre. Pour paraphraser ce que dit Dray à propos de l'historien qui s'attache à rendre compte de la Révolution Française, l'intérêt du travail du juriste ou du philosophe n'est pas d'expliquer cette décision particulière en la ramenant à une classe plus générale de décisions dont elle ne serait qu'une instance, mais de montrer pourquoi elle s'est instanciée dans cette classe-là, et pas dans une autre. Ce qui l'intéressera, c'est de savoir pourquoi la décision a « pris telle tournure et non telle autre, c'est-à-dire qu'il l'expliquera en tant qu'elle est *unique* »²⁹⁷. Ceci n'empêche pas, après coup, si ce type de décision devient la norme, et, si, par exemple dans un pays de *Common Law*, elle devient un précédent auquel on fait couramment référence, de la comprendre ensuite comme un type de décision et non plus comme une décision singulière, auquel on se réfère pour essayer de prédire ce que fera une cour de justice.

Raisonnons maintenant sur un exemple précis. Dans *The Bramble Bush*²⁹⁸, qui se veut un manuel à l'usage des futurs *praticiens* du droit, et non un manuel purement théorique, Llewellyn souligne la diversité d'usage des précédents par les cours de justice américaines, et la lie à la variété des lectures qui peuvent en être faite. Dans les pays de *common law*, la norme juridique dit qu'il faut suivre le précédent. Voilà ce que dit la théorie. Mais, si on regarde bien la pratique judiciaire réelle, on s'aperçoit que les juges peuvent parfois faire deux lectures diamétralement opposées d'un même précédent, qui sont deux lectures admises et légitimes puisque pratiquées, mais qui, appliquées à un même cas, sont contradictoires. Il oppose ainsi ce qu'il appelle une lecture stricte des précédents (*strict view*) – qui est la lecture orthodoxe – à une lecture ouverte (*loose view*). Selon la lecture stricte, on applique le précédent en se référant à la particularité des faits impliqués dans le précédent, et on recherche le rapport d'analogie le plus étroit possible entre le précédent et le cas à traiter. À son propos, affirme Llewellyn :

« la lecture stricte est la technique qui doit être apprise. *Mais ne croyez pas que cela soit la seule*. Car si vous vous tournez vers les activités réelles des cours de justice, ou même

²⁹⁷ William Dray, *Laws and Explanation in History*, op. cit., p. 47.

²⁹⁸ Voir Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, op. cit, en particulier les chap. III et IV.

vers les arguments des avocats, vous découvrirez une lecture totalement différente à l'œuvre à côté de la première. »²⁹⁹

Selon cette seconde lecture, la lecture ouverte, on minore au contraire les faits particuliers impliqués dans le précédent, on gomme les différences entre ceux-ci et les faits du cas présent, en s'attachant à extraire la règle générale qui pourrait les unir. Dans un cas comme dans l'autre, on voit que le juge dispose d'une certaine marge de manœuvre qui lui permet, s'il applique une lecture stricte, de se débarrasser éventuellement de précédents qui lui paraissent maladroits, ou s'il applique une lecture plus ouverte, de mettre plus facilement en application un précédent qu'il juge adroit, utile ou efficace. Ce second type de lecture, enseigne Llewellyn, n'a pas d'existence officielle au sein de la doctrine, mais est largement officialisé dans la pratique, puisque utilisé par les cours et les juges les plus honorables comme « un dispositif pour *capitaliser les précédents opportuns* »³⁰⁰. Ainsi, on voit que ce qui intervient dans le choix d'une lecture plutôt que d'une autre, c'est une évaluation du précédent et de son efficacité, en fonction de la fin qu'il permet de défendre. Si on cherche à rendre compte du choix qui a été fait d'une lecture plutôt que d'une autre pour expliquer qu'une certaine décision ait été prise, on s'engage alors du côté d'une description de ce qui apparaissait comme « la (bonne) chose à faire », en reconstruisant *a posteriori* le contexte et les circonstances à la lumière desquels cela semblait effectivement la chose à faire, et en fonction desquels des moyens ont été sélectionnés et organisés selon un certain ordonnancement.

On trouve un exemple éclairant de ces variations d'application des mêmes textes de loi dans les études sur l'application du droit commercial que Llewellyn a lui-même mené, notamment dans *The Common Law Tradition*³⁰¹. Llewellyn, s'est penché sur une série de cas traités par la cour de New-York, concernant des litiges entre des acheteurs et des vendeurs. Selon la loi, les acheteurs disposent d'un certain laps de temps au cours duquel il leur est possible de se rétracter, à condition qu'ils le fassent en suivant certaines étapes codifiées, et que ce refus soit valablement motivé. Llewellyn a pu observer que la loi encadrant la rétractation des acheteurs a été plus sévèrement appliquée à certaines périodes, et moins à d'autres. Il a montré que les cas où les rétractations des acheteurs ont été sanctionnées de manière sévère et considérées comme abusives correspondaient à des contextes économiques particuliers où le marché s'effondrait. Selon lui, on peut établir un lien explicatif très clair dans les jugements en question entre l'effondrement du marché et l'application plus sévère de la loi. Les juges auraient ainsi tendance à protéger davantage les vendeurs dès qu'il

²⁹⁹ « The strict doctrine, then, is the technique to be learned. *But not to be mistaken for the whole*. For when you turn to the actual operations of the courts, or, indeed, to the arguments of lawyers, you will find a totally different view of precedent at work beside this first one. », *ibid.*, p. 69.

³⁰⁰ « a device for capitalizing welcome precedents », *ibid.*

³⁰¹ Voir Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition : Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Company, 1960.

leur semble que les acheteurs essaient d'échapper au contrat de vente uniquement parce qu'il ne leur est plus avantageux et qu'ils cherchent à profiter d'un contexte de crise. Ainsi, l'étude des grands types de jugements rendus en général dans le domaine du droit commercial permet de remarquer que les décisions des juges varient en général en fonction de deux paramètres principaux : soit, dans un contexte social et économique favorable, les juges interviennent dans les cas litigieux en appliquant les normes en vigueur dans la culture commerciale dominante ; soit ils interviennent dans les cas litigieux en tranchant en faveur de la décision qui sera sociologiquement et économiquement la meilleure au vu des circonstances socio-économiques dans lesquelles le cas à traiter se pose. À partir de ces constatations, Llewellyn cherche alors à élaborer un modèle de décision qui prend en compte l'évolution du marché et la sensibilité des juges aux comportements de désengagement des acheteurs, et qui permet de prédire de manière assez fine les décisions des juges en fonction de ces deux paramètres. Ces paramètres ne sont ni plus ni moins que le résultat d'une réflexion sur les types de finalité que les juges privilégient – sur la manière dont ils tranchent lorsqu'une pluralité de biens, pas forcément compatibles entre eux, s'offrent à eux – en fonction du contexte socio-économique et politique de la décision qui influe manifestement sur la manière dont l'ordre des priorités est défini.

On voit dans cet exemple que la question, entre autres, que les cours de justice se posent est la suivante : doivent-elles entériner l'inflation de certains comportements en temps de crise ou bien essayer de les endiguer alors qu'ils sont pourtant permis en des temps moins troublés ? S'agit-il de faire une lecture souple des lois en y faisant entrer des comportements qui, selon d'autres lectures, seraient sanctionnés ? Ou bien cherche-t-on à utiliser les lois comme des outils pour corriger des comportements dont on estime qu'ils sont nuisibles ? Autrement dit, il s'agit de comprendre si, pour adapter la formule de Searle, on se situe dans une direction d'ajustement *laws-to-world*, ou *world-to-laws*, et si le droit est envisagé comme un outil permettant d'encadrer les évolutions socio-économiques et de les incorporer à mesure qu'elles apparaissent, ou si le droit est davantage pensé comme un outil de défense de l'ordre établi. On cherche alors à établir quel usage du droit est fait, quelle fin première lui est donnée, s'il est conçu par les cours de justice dans sa dimension progressiste, ou dans sa dimension conservatrice.

On peut conclure sur ce point en soulignant que lorsque l'on s'engage dans le type d'explication que nous venons de décrire, qu'on pourrait donc qualifier d'inspiration intentionnaliste, on prend position sur une certaine manière de comprendre le travail du juge. On envisage le juge non pas comme un théoricien, un observateur du droit, qui chercherait à découvrir dans les faits qui lui sont présentés un ordre caché, naturel, qu'il aurait à formuler par le biais de lois générales qui s'y conformeraient. Car le juge n'est pas un spectateur mais un *acteur* du droit. Rendre compte de son raisonnement sous la forme d'un syllogisme théorique serait donc une erreur, puisque ce n'est pas ce

qu'il fait, en réalité. Ainsi, le juge ne se dit pas : « Je veux rendre justice, ceci est un moyen de rendre justice (par exemple condamner tel individu à une amende), donc j'utilise ce moyen ». Il raisonne plutôt de la manière suivante : « je décide de rétablir le droit de la victime que j'ai sous les yeux *en condamnant* l'accusé à telle amende ». « Condamner l'accusé à une amende » est une description des moyens permettant d'accomplir l'action de « rétablir le droit de la victime », qui elle-même est une description des moyens permettant d'accomplir la fin du juge qui est de « rendre une décision juste ». Ces trois descriptions renvoient alors à une seule et même action, celle de rendre justice dans tel cas précis. Le raisonnement qui accompagne cette action ne doit pas alors être compris comme un raisonnement théorique qui se situerait à côté de la pratique, ou en amont de cette dernière : il n'a de sens que parce qu'il est pris dans une logique pratique, qu'il cherche à aboutir non pas à l'énoncé d'une opinion ou même d'une vérité, mais à une action. On devrait alors lutter contre cette tendance à confondre le point de vue de l'observateur-théoricien qui cherche à expliquer un comportement, et le point de vue de celui qui agit, qui au contraire et par définition, n'est pas dans une position contemplative. On devrait donc chercher à se garder de cette tendance que nous avons, philosophes et juristes théoriciens ou observateurs, à projeter sur ceux qui agissent pourtant, nos habitudes contemplatives. Si on reprend la distinction de Ryle entre « savoir que » et « savoir comment », il nous faut alors dire que, lorsque nous cherchons à rendre compte de l'activité *réelle* du juge, nous cherchons à produire un « savoir que » de son « savoir comment », autrement dit, nous cherchons à élaborer une *connaissance de la connaissance pratique*.

4. Des explications téléologiques et des explications causales

Établir une connaissance de la connaissance pratique, chercher à rendre compte théoriquement d'un raisonnement pratique renvoie au modèle d'explication téléologique tel qu'il est défendu et décrit par von Wright dans *Explanation and Understanding*. Le raisonnement pratique, nous dit-il, peut être formalisé – même si de nombreuses autres formes d'inférences pratiques pourraient être retenues – comme suit :

« A a l'intention de provoquer *p*.
 A considère qu'il ne peut pas provoquer *p* sans faire *a*.
 Donc A décide de faire *a*. »³⁰²

³⁰² « A intends to bring about *p*. A considers that he cannot bring about *p* unless he does *a*. Therefore A sets himself to do *a*. » (Nous traduisons), Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*, *op. cit.*, p. 96.

En faire une explication téléologique revient à renverser l'inférence pratique. L'explication téléologique en effet, part de l'action *a* d'un individu A, et pose la question du pourquoi de cette action. La réponse la plus fréquente à cette question, nous dit von Wright est celle qui consiste à dire : j'ai fait *a* dans le but de provoquer *p*. L'intentionnaliste dira alors qu'entre l'action proprement dite, le comportement observable et les raisons invoquées, il y a une implication d'ordre logique, telle que les raisons d'agir et l'action sont inséparables – c'est l'argument de la connexion logique de Melden. Énoncer cette implication, c'est expliquer l'action.

Au contraire, et c'est sur ce point que se situe le débat entre les deux théories concurrentes. Le causaliste dira qu'il y a là une implication causale, et que l'intention se comprend comme une cause de l'action. Le causaliste accuse alors l'intentionnaliste d'inventer faussement un nouveau modèle d'explication, le modèle téléologique, qui ne serait en réalité qu'une explication causale déguisée. Ainsi résume Descombes :

« Le causaliste ne voit pas comment on pourrait expliquer une action par l'intention de l'acteur si cette intention ne trouvait pas une place dans la chaîne causale qui aboutit à la production des gestes et des mouvements par lesquels l'action est exécutée. Autrement dit le causaliste réclame que l'explication par le but, ou l'explication téléologique, soit traduite en une explication par les antécédents, ou explication causale. Sinon, pense-t-il, on devrait admettre que le but – un état des choses que l'acteur veut obtenir, et qui donc n'existe pas encore – pourrait produire des effets. »³⁰³

L'intentionnaliste, de son côté, refuse de faire de l'intention une cause mentale distincte de l'action. En plus de l'argument de la connexion logique de Melden, qui interdit de dissocier les raisons d'agir de l'agir lui-même, il invoque l'argument de Wittgenstein, repris et développé par Anscombe, selon lequel l'intention se définit comme la forme logique de l'action, comme la manière dont des moyens, des efforts et des décisions sont subordonnés à un but, à une finalité qui donne son sens à l'action, et non comme un antécédent mental.

Mais cette question de la pertinence et de la validité de l'explication téléologique ne se pose pas seulement du point de vue des sciences humaines. On peut la retrouver également du côté des sciences de la nature, notamment pour une science comme la biologie, qui dans sa branche fonctionnaliste, a souvent recours à des explications faisant apparaître une téléologie naturelle, et qui ne sont pas forcément des explications visant à mettre au jour des mécanismes. Ainsi écrit Descombes, à propos des explications en biologie :

« Si un système est fonctionnel, alors ses parties sont là pour fournir certains services, et la téléologie consiste à dire ce qu'elles doivent fournir pour remplir leurs fonctions (et

³⁰³ Vincent Descombes, *La denrée mentale*, op.cit., chap. 2, p. 51-52.

non *comment* elles vont le faire mécaniquement). Pour éviter de prendre la “cause finale” pour une puissance efficace, il suffit de se souvenir qu’une démarche qui échoue est tout aussi téléologique qu’une démarche qui réussit. »³⁰⁴

Le modèle téléologique est donc bel et bien employé en biologie, dès lors que l’on s’intéresse à des systèmes qu’on décrit comme étant organisés en différentes parties assurant pour chacune des fonctions spécifiques. Pour autant, cela ne signifie pas qu’on postule un organe psychologique planificateur, qui soit source de cette organisation. C’est en partie là que se fait la différence entre la téléologie intentionnelle et la téléologie naturelle. S’ajoute également le fait qu’on repère une autonomie de l’esprit humain dans la détermination des fins qu’il se donne à accomplir, qu’on ne trouverait pas du côté des systèmes biologiques par exemple, ou du moins, pas au même degré.

Sans entrer trop précisément dans les méandres des débats internes à la biologie au sujet de la question de la causalité, il n’est pas inutile d’en donner un bref aperçu, afin de montrer les problèmes que pose l’idée de causalité. Non seulement les systèmes explicatifs causalistes peuvent intégrer une certaine forme de téléologie, mais surtout, il faut insister sur le fait que la manière dont on entend la notion de causalité est loin d’être univoque. Il en existe des conceptions divergentes entre les différentes sciences naturelles, mais également à l’intérieur d’une même science. Concernant l’état actuel du questionnement sur la causalité en biologie, on peut se référer à la présentation qu’en font Denis Forest et Christophe Malaterre³⁰⁵. Ils soulignent d’emblée que si « la philosophie générale des sciences est aujourd’hui riche d’un ensemble de théories rivales qui se proposent de définir ce qu’est la causalité » – on peut alors citer, la théorie interventionniste, probabiliste, de transfert ou contrefactuelle – il faut bien voir aussi que « le champ biologique est lui-même très hétérogène ». On en trouve un exemple particulièrement frappant dans l’œuvre de l’ornithologue et biologiste de l’évolution allemand Ernst Mayr, et en particulier dans son article de 1961, paru dans *Science*. Dans « Cause et effet en biologie », Mayr défend la thèse selon laquelle il existe deux types de causes distincts : les causes proximales et les causes distales. Les premières renvoient au type de causes généralement recherchées par la biologie moléculaire et l’anatomie fonctionnelle et englobent toutes les causes qui, du vivant d’un organisme gouvernent son comportement, son interaction avec le milieu extérieur, la manière dont il produit et consomme matière et énergie. Ces causes répondent à la question « comment ça marche ? » et mettent au jour des mécanismes naturels. Ce type de cause, souligne Mayr, rattache la biologie aux sciences physico-chimiques, et à leur projet nomologique de mise au jour de lois de la nature. S’il n’existait que ce type de cause, la biologie pourrait donc entrer

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 65.

³⁰⁵ Denis Forest, Christophe Malaterre, « La causalité en biologie », in Jean Gayon et Thomas Pradeu, *Philosophie de la biologie*, Paris, Vrin, « Textes clés », 2021.

dans un programme réductionniste. Mais Mayr défend au contraire la nécessité de conserver une autonomie de la biologie par rapport aux sciences physico-chimiques, notamment en raison d'un autre type de causes qu'elle abrite et qui lui seraient spécifiques. Les causes distales, comme il les appelle, englobent l'ensemble des facteurs antérieurs à la naissance d'un organisme, qui ont eu une incidence sur ses ancêtres, et qui se trouvent capitalisés dans son génome. Ces causes sont de type historique et permettent de répondre à la question « comment se fait-il que ? ». Elles renvoient à la biologie évolutionnaire. Cette distinction que nous venons d'évoquer entre causes proximales et causes distales montre bien que, pour un même champ disciplinaire, il n'y a pas une unicité de sens accordée à la notion de cause, mais bien une plurivocité.

Ce qui est également remarquable dans cet article de Mayr, comme le notent D. Forest et C. Malaterre, c'est le lien qu'il établit entre la question de la causalité en biologie et le problème de la téléologie dans cette même discipline, dont il souligne l'omniprésence. Puisque les organismes vivants semblent agencés pour pouvoir remplir certaines fonctions et accomplir certaines tâches, on a tendance à leur octroyer des caractéristiques orientées vers des finalités précises. Mais pour Mayr, l'idée à laquelle on est alors enclin à aboutir, selon laquelle il y aurait, pour reprendre le vocabulaire d'Aristote, des causes finales, n'est pas compatible avec le mécanisme auquel souscrivent les sciences de la nature. C'est en ce sens que, pour conserver malgré tout l'idée que certaines caractéristiques des organismes sont orientées en vue d'accomplir certaines fins, sans pour autant verser dans un finalisme naïf, il propose d'abandonner le terme de téléologie et d'adopter celui de téléonomie, mis en œuvre par Colin Pittendrigh en 1958 :

« Les biologistes, pendant un certain temps, étaient disposés à dire qu'une tortue s'échouait et pondait ses œufs. Ces scrupules verbaux étaient destinés à rejeter la téléologie, mais ils croyaient à tort que la simple description d'un mécanisme dirigé vers une fin impliquait nécessairement l'idée d'efficacité des causes finales. [...] Cette confusion de longue date faite par les biologistes pourrait être dissipée s'ils décrivaient les systèmes en d'autres termes, par exemple celui de "téléonomie", pour souligner que la reconnaissance et la description du fait d'être dirigé vers une fin n'implique pas de souscrire à la téléologie aristotélicienne comme principe causal efficient. »³⁰⁶

Ainsi, on pourrait tout à fait conserver l'idée de finalité, d'un organisme qui agit ou se meut en visant certaines fins, sans pour autant être dans l'obligation d'avoir à supporter les conséquences du finalisme, et en éliminant les problèmes d'incompatibilité entre cette thèse et celle du mécanisme.

³⁰⁶ « Biologists for a while were prepared to say a turtle came ashore and laid its eggs. These verbal scruples were intended as a rejection of teleology but were based on the mistaken view that the efficiency of final causes is necessarily implied by the simple description of an end-directed mechanism. [...] The biologists long-standing confusion would be removed if all end-directed systems were described by some other term, e.g., "teleonomic", in order to emphasize that recognition and description of end-directedness does not carry a commitment to Aristotelian teleology as an efficient causal principle. » (nous traduisons), Colin S. Pittendrigh, « Adaptation, Natural Selection, and Behavior », in Anne Roe and George Gaylord Simpson, *Behavior and Evolution*, New Haven, Yale University Press, 1958, p. 394.

Reste que, comme le soulignent D. Forest et C. Malaterre, on peut se demander si, premièrement, l'idée de causes distales est aussi spécifique à la biologie que ce que Mayr soutient, et si ce genre de cause ne peut pas se retrouver dans certains domaines de la science physique. On peut également s'interroger sur la question de savoir si la distinction causes distales / causes proximales renvoie vraiment à deux types de causes radicalement différents, ce qui ouvre alors la voie à un pluralisme causal, ou si elles ne sont que des espèces d'un même genre.

De cette brève incursion dans le domaine de la biologie, on peut tirer trois remarques. La première consiste à remarquer que l'interrogation qui ne cesse de resurgir dans le débat autour de la question de la causalité – que ce soit dans le domaine de la biologie ou plus généralement, dans les sciences tant humaines et sociales que naturelles – est celle de savoir s'il est bien utile de multiplier les types d'explication ou les types de concepts explicatifs. On peut y voir ici, de manière sous-jacente, une manifestation de l'opposition entre une vision moniste de la science, qui chercherait à homogénéiser et uniformiser les connaissances et les méthodes d'obtention de ces connaissances, et une vision au minimum dualiste, qui distinguerait des méthodes propres aux sciences de la nature d'une part et aux sciences humaines et sociales d'autre part, et éventuellement, dans chaque discipline, des méthodologies spécifiques.

Il apparaît deuxièmement que c'est bien souvent pour protester contre l'hégémonie d'un certain modèle de connaissance, issu des sciences physico-chimiques, que la plupart des sciences réclament une certaine autonomie et entendent résister aux tentatives réductionnistes. Lorsque Mayr souligne la spécificité des causes étudiées en biologie, c'est aussi dans le but de revendiquer une certaine autonomie de la biologie par rapport aux sciences voisines. Le processus est le même que pour les scientifiques qui, du côté de sciences humaines et sociales, revendiquent une certaine autonomie de leur discipline en mettant en avant la spécificité de leur objet, de leurs préoccupations et de leurs méthodes.

Ceci nous amène à formuler une troisième remarque, que nous avons déjà esquissée, et qui consiste à souligner que les explications téléologiques ou causales, finalement, ne répondent pas à des questionnements identiques. Causalistes et intentionnalistes n'accordent pas le même sens à la question « pourquoi X a-t-il agi ainsi ? ». Ce n'est pas dans même sens du mot « pourquoi » que la question est comprise. C'est déjà ce que souligne Wittgenstein en disant que répondre à la question « pourquoi ? » en avançant des causes n'est pas la même chose qu'y répondre en exprimant des raisons. On peut ajouter également qu'il faut distinguer d'une part le « pourquoi » qui interroge en amont de l'action, sur les causes qui ont poussé un individu à agir comme il l'a fait, et qui peuvent être tout à fait indépendantes de son intention. Et il faut d'autre part distinguer le « pourquoi » qui

interroge en aval de l'action, sur la fin recherchée par une action, et donc sur l'intention qui la guide. En outre, le terme de « cause » est un terme bien large, qui reçoit bon nombre de significations selon les auteurs, ce qui nourrit l'ambiguïté des débats. Par « causes » de l'action, on peut entendre aussi bien des causes au sens de raisons qu'un agent pourrait invoquer pour expliquer son action, que des causes mécaniques, nécessaires, qu'un agent n'invoquerait pas pour décrire son action. Un agent aura tendance à décrire l'action de lever son bras comme le fait de lever son bras pour signaler sa présence, saluer quelqu'un ou voter dans une assemblée, et non comme le résultat d'un ensemble d'événements neurophysiologiques. Pour éclairer cette idée, on peut évoquer un passage de l'ouvrage de Winch, *L'idée d'une science sociale*, où ce dernier a recours à un exemple particulièrement évocateur :

« Nous disons que le chat se tord de douleur. Supposons que je décrive ses mouvements, qui sont très complexes, en termes purement mécaniques, en utilisant un ensemble de coordonnées spatio-temporelles. Cela constitue, en un sens, une description de ce qui est en train de se produire, au même titre que l'assertion selon laquelle le chat se tord de douleur. Mais une assertion ne pourrait être remplacée par l'autre. [...] L'idée de se tordre de douleur appartient à un cadre conceptuel tout différent de celui du concept de mouvement rapporté à des coordonnées spatio-temporelles ; et c'est cette première idée, et non la seconde, qui se trouve être adaptée à la description du chat en tant que créature animée. »³⁰⁷

Il y a deux points à souligner dans cet exemple de Winch. En premier lieu, les deux descriptions proposées ne répondent pas à la même question ni à la même démarche explicative, puisque l'une décrit quelque chose comme une fin, qui serait celle d'exprimer la douleur, tandis que l'autre décrit des mécanismes. La première répondrait à la question « qu'est-ce qui explique que le chat se torde ainsi ? » – d'où une description du sens que l'on peut donner au tortillement du chat. La seconde répondrait plutôt à la question « comment ça marche ? » – on comprend alors la logique qui consiste à décrire des mouvements spatio-temporels pour y répondre. Sans forcément aller jusqu'à cette conclusion qu'une description serait meilleure qu'une autre, il paraît évident que suivant la question posée, et les attentes que nous mettons derrière l'interrogation « Pourquoi ? », nous n'attendons pas de la réponse proposée le même genre de description, et partant, d'explication. De sorte que si dans un cas, une réponse de type causaliste peut très bien convenir, dans l'autre, elle paraît tout à fait hors de propos. Deuxièmement, si l'on reprend cette remarque que fait Wittgenstein dans ses *Recherches*, on aboutit à cette idée que chaque « description reçoit sa lumière, c'est-à-dire son but, des problèmes philosophiques »³⁰⁸ que l'on se formule. Ce serait donc en fonction du problème que l'on se pose, et des termes du langage dans lesquels on l'énonce, que certaines descriptions, et partant, certaines démarches explicatives, paraîtraient plus appropriées, voire plus évidentes que d'autres. Il s'agit alors

³⁰⁷ Peter Winch, *op. cit.*, 2009, p. 143.

³⁰⁸ Ludwig Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, § 109, p. 84.

de comprendre ces descriptions et le type d'explication dans lequel elles s'insèrent comme « des instruments visant à des usages particuliers »³⁰⁹. Aucune n'aurait donc de valeur absolue, mais chacune vaudrait relativement à un intérêt cognitif et/ou pratique particulier, à un genre de questionnement, et à un champ d'investigation. D'où, chez les intentionnalistes, la défense d'une méthodologie scientifique dualiste, dans laquelle le modèle d'explication téléologique doit être compris comme un modèle à part entière, qui cherche à combler des besoins cognitifs auxquels le modèle causal issu des sciences naturelles ne pourrait pas répondre concernant l'action humaine. Ce modèle intentionnaliste ne chercherait ni à concurrencer, ni à critiquer, ni à se substituer au modèle causal, il viendrait simplement se loger là où ce dernier achoppe en termes d'outils explicatifs. Ainsi pourrait s'organiser une forme de répartition des tâches explicatives entre ces deux modèles, l'un et l'autre ayant finalement très peu à voir ensemble et se déployant de manière indépendante.

Envisagée de cette manière, la concurrence entre explication téléologique et causale s'évanouit, et laisse sa place à l'idée d'une complémentarité d'intérêts et de résultats entre ces différentes approches. C'est ce regard qu'Apel porte sur la controverse entre science naturelles et sciences humaines, lorsqu'il rédige son ouvrage de 1979. Cette perspective que prend Apel, nous l'avions souligné au début de ce chapitre, relativise beaucoup l'importance de la réponse naturaliste qui s'est organisée notamment autour des écrits de Donald Davidson, dans les années 1960. On peut l'attribuer à sa volonté de renouer un dialogue entre ces courants philosophiques, et de montrer, par-delà les dissensions entre intentionnalistes et causalistes, les points où ceux-ci pourraient se rejoindre ou se compléter. Reste que la reconquête du terrain par les naturalistes s'amorce dès 1963, avec la parution du célèbre article de Davidson, « Actions, raisons et causes »³¹⁰, reconquête au cours de laquelle s'organise une sorte d'« OPA » de la théorie causale de l'action sur sa concurrente intentionnaliste, que l'on peut considérer, selon les auteurs, comme plus ou moins hostile.

³⁰⁹ *Ibid.*, § 291, p. 149.

³¹⁰ Donald Davidson, *Actions et événements*, trad. Pascal Engel, Paris, PUF, « Épiméthée », 1993.

IV. Une quatrième étape ? Le renouveau causaliste, tentative pour absorber la critique intentionnaliste

La position soutenue par Davidson consiste purement et simplement en une remise en cause de la distinction entre causes et raisons établie par les wittgensteiniens, ainsi que de la distinction entre explication causale et intentionnelle. En effet, si Davidson est d'accord avec les intentionnalistes pour dire que l'explication par des raisons d'agir est parfaitement valable et légitime et qu'elle peut être menée parallèlement à une explication par des causes, il se sépare d'eux en l'affirmant au nom de la thèse selon laquelle l'explication par des raisons d'agir n'est jamais qu'un cas particulier d'explication par les causes. Ce faisant, il annule la spécificité méthodologique de l'explication intentionnaliste en soutenant qu'elle ne déploie pas un type de méthodologie séparé. Ceci crée un effet de brouillage du débat entre causalistes et intentionnalistes puisque, lorsqu'on lit Davidson, on remarque que ce dernier reprend à la fois le vocabulaire et bon nombre de thèses et d'analyses jusqu'alors estampillées comme intentionnalistes, mais en en tirant des conclusions toutes différentes. C'est cette capacité à avoir progressivement assimilé une grande partie des thèses intentionnalistes qui fait la force de la théorie causale de l'action telle qu'elle s'inaugure avec Davidson. Ainsi Max Kistler écrit-il, en faisant le point sur l'état actuel de la théorie causale de l'action (TCA) :

« Tout le monde ou presque accepte désormais l'idée qu'un événement ne peut être considéré comme action qu'à condition d'être intentionnel, c'est-à-dire à condition d'avoir des causes qui ne sont pas seulement physiques mais surtout et d'abord mentales. Mis à part les positions radicales qui nient jusqu'à l'existence de l'esprit – doctrine appelée "éliminativisme" – les partisans de la TCA s'accordent avec les intentionnalistes sur le fait que l'explication d'une action ne doit pas se situer sur le plan des signaux nerveux qui contrôlent l'action de certains muscles, mais bien sur le plan du sens. On comprend une action lorsqu'on connaît la ou les raisons pour la ou lesquelles elle a été accomplie. Toutes les parties du débat s'accordent à dire que lorsqu'on comprend une action, on a identifié les raisons qui font apparaître l'action comme raisonnable du point de vue de l'acteur. Personne ne conteste la pertinence pour l'analyse des actions de la possibilité de poser la question de leur justification. »³¹¹

En, effet, si nous reprenons brièvement l'argumentation de Davidson³¹², on remarque tout d'abord que celui-ci ne conteste absolument pas le caractère intentionnel de l'action humaine. Il appelle action tout ce qu'un agent fait de manière intentionnelle ou omet de faire intentionnellement. Expliquer une action par des raisons d'agir, c'est selon Davidson la relier à ce qu'il appelle les pro-attitudes d'un

³¹¹ Max Kistler, « Les causes des actions », in *Le temps philosophique*, op. cit.

³¹² Pour un exposé détaillé des thèses davidsonniennes et de leur retentissement dans les débats en philosophie de l'action, on peut se reporter à la présentation que fait Pascal Engel in Donald Davidson, *Actions et événements*, op. cit.

individu (désirs, volitions, envies, conceptions morales, préjugés, etc.), et à la croyance que l'action qu'il met en œuvre y correspond. La conjonction de ces pro-attitudes et croyances fournit la raison primaire de l'action, que Davidson assimile à une cause de l'action.

Davidson insiste sur la nécessité qu'il y a à attribuer une détermination causale aux raisons d'agir. Si on ne le fait pas, alors on s'expose à énoncer des raisons d'agir qui ne sont pas forcément celles pour lesquelles un agent a effectivement agi, et on ne parvient pas à rendre compte, dans un énoncé du type « j'ai accompli cette action parce que j'avais une raison X de le faire », du « parce que » que l'on mobilise pourtant. Ainsi note-t-il, « il y a une idée qui est indissociable de la relation entre une action et la raison qui l'explique : c'est l'idée que l'agent a accompli l'action *parce qu'il* avait une certaine raison »³¹³. On doit soutenir que les raisons d'agir sont des causes, sous peine de ne pas pouvoir rendre compte des raisons effectives qu'un agent avait d'agir. Il opère alors un renversement de l'argument intentionnaliste. Là où ceux-ci affirmaient que seule l'explication intentionnaliste par les raisons d'agir – celle qui instaure un lien conceptuel et logique entre raisons d'agir et action – rendait authentiquement compte de l'action humaine et permettait d'en produire une justification, Davidson répond qu'en réalité, une telle explication est incapable de montrer le rôle réel que jouent nos raisons d'agir, et qu'à l'inverse seule une explication causaliste, qui attribue aux raisons d'agir un pouvoir causal, permet de donner du corps et du sens à la relation entre raisons d'agir et action. Ainsi, comme le résume Max Kistler :

« La TCA ne conteste donc pas le fait que l'explication de l'action requière l'identification des raisons pour lesquelles j'ai agi. Bien au contraire, elle donne à ces raisons une importance plus grande que ne leur donnent ses adversaires. Alors que ceux-ci soutiennent qu'il suffit de trouver des raisons qui font apparaître l'action comme raisonnable, la TCA exige que ces raisons soient "incarnées", en tant que causes d'un processus causal qui débouche sur l'action, de façon à justifier l'idée que l'acteur a agi pour ces raisons. »³¹⁴

Autrement dit, selon la théorie causale de l'action défendue par Davidson, il faut que les raisons identifiées comme étant les raisons d'une action aient un soubassement matériel (neurophysiologique) et soient reconnues comme étant bien les causes de l'action en question. Dans le cas contraire, si elles ne sont reliées à l'action que par un simple lien logique et conceptuel, comme le soutiennent les intentionnalistes, on ne peut pas garantir que l'acteur ait bien agi pour telle ou telle raison, et par conséquent, on ne peut véritablement affirmer que les raisons d'agir avancées justifient son action.

³¹³ Donald Davidson, « Actions, raisons et causes », in *Actions et événements*, op. cit., p. 23.

³¹⁴ Max Kistler, « Les causes des actions », in *Le temps philosophique*, op. cit.

La difficulté que doit surmonter la position de Davidson, et que s'empressent de souligner les intentionnalistes, est qu'on ne peut parvenir à énoncer des lois empiriques du comportement humain, des lois de couverture dirait Hempel, sous lesquelles subsumer les actions humaines en fonction de désirs ou croyances type. On n'aboutit le plus souvent qu'à des généralisations qui ne peuvent prétendre au nom de lois au sens où on les entend en sciences naturelles. Davidson répond à cela en deux temps. Premièrement, il souligne qu'on peut très bien énoncer une relation causale singulière entre des raisons d'agir et une action sans pour autant connaître et énoncer la loi causale générale qui les relie. Cela n'empêche pas que cette loi puisse exister, et cela ne remet pas en question le lien de causalité qui unit une ou des raisons d'agir à une action. Il donne à cet effet l'exemple de la vitre brisée qui se casse sous nos yeux sous l'effet de l'impact d'une pierre. Pour un tel fait, nous ne disposons pas d'une loi énonçant quelles sortes de coups brisent quelles sortes de vitres. Mais nous disposons en revanche de certaines généralisations comme par exemple celle qui dit que les vitres sont des objets fragiles qui peuvent être brisées lorsqu'elles sont frappées avec une certaine force, ce qui nous permet d'établir une relation causale singulière entre le bris de vitre et la pierre. Une telle généralisation nous permet de savoir qu'une loi causale couvre le cas singulier de la vitre brisée sous nos yeux, sans que l'on puisse pourtant l'énoncer. Ainsi conclut-il : « c'est une erreur de penser qu'on n'ait pas donné d'explication tant qu'on n'a pas produit de loi »³¹⁵.

Deuxièmement, et ce faisant, il cherche à invalider l'argument de la connexion logique de Melden, Davidson pointe chez les intentionnalistes une confusion entre la relation causale qui unit une action et sa raison d'agir, et la relation d'explication, qui les rend enclins à croire que la connexion entre action et raison d'agir est logique et non causale. On doit, selon Davidson, distinguer deux niveaux différents d'analyse : d'une part celui des actions proprement dites, conçues comme des événements physiques, c'est-à-dire des types de choses qui arrivent, reliées à des raisons d'agir, conçues comme des événements mentaux, par une relation causale ; d'autre part celui de la description de chacun de ces événements, et la relation d'explication qui les unit. De la sorte, s'il y a bien des lois causales qui unissent les raisons d'agir aux actions, il n'y en a pas forcément qui relient la description de la cause de l'action en termes de raison d'agir à l'action proprement dite. Il y a à cela deux motifs. D'abord, la description des raisons d'agir se fait dans un jeu de langage psychologique qui ne permet pas la formulation de lois causales générales telles qu'elles sont entendues par les sciences de la nature. On ne peut établir d'équivalence terme à terme entre des énoncés exprimés dans un vocabulaire physico-chimique ou neurophysiologique, et des énoncés exprimés dans un vocabulaire psychologique. Ensuite, si des événements mentaux particuliers sont bien des causes singulières d'événements

³¹⁵ Donald Davidson, « Actions, raisons et causes », in *Actions et événements*, op. cit., p. 33.

physiques particuliers, on ne peut pas établir de lien causal entre des types d'événements mentaux qui causeraient toujours des types identiques d'événements physiques. En effet, des événements mentaux identiques peuvent très bien s'exprimer dans des événements physiques différents. Partant, comme le reformule Pascal Engel, « nous pouvons alors poser l'existence de relations causales singulières entre événements mentaux particuliers et événements physiques particuliers et dire que ces relations sont purement physiques, tout en rejetant l'idée qu'il puisse y avoir des lois générales reliant les propriétés mentales aux propriétés physiques ». Cela renvoie à la fameuse thèse du monisme anomal de Davidson, ainsi nommée « parce qu'elle identifie les événements mentaux aux événements physiques (d'où le monisme), tout en niant qu'il y ait des lois mentales ou des lois psychophysiques (d'où l'anomisme) »³¹⁶. Ainsi, si l'on a bien affaire à une connexion d'ordre logique entre les actions décrites comme des événements corporels ayant lieu dans le monde, et les descriptions de nos raisons d'agir, c'est à une connexion causale tout à fait ordinaire que l'on a affaire entre l'événement mental (les pro-attitudes et croyances) qui a lieu « dans la tête de l'agent » lorsqu'il a l'intention de faire quelque chose et l'événement physique, l'action qui se produit effectivement.

La position que tient Davidson semble au premier coup d'œil réconciliatrice puisqu'elle paraît bien proposer une place à l'explication de l'action par les raisons d'agir, parallèlement à l'explication causale, en soulignant que pour expliquer une action, il est impossible de se départir d'une compréhension intentionnaliste des états mentaux des individus. L'explication causale de l'action n'entamerait donc pas l'appréhension de la nature intentionnelle de cette dernière. Toutefois, si on y regarde d'un peu plus près, il semble que le lien entre le niveau de description intentionnel et le niveau proprement causal ne soit établi que de manière indirecte et non nécessaire, et que l'absorption du niveau intentionnel dans l'explication causale gomme finalement toute la spécificité de l'explication intentionnelle. En effet, comme le soulignent bon nombre de critiques de Davidson, et en particulier Frederick Stoutland³¹⁷, la théorie causale de l'action, bien loin de donner une véritable force causale aux raisons d'agir et de les incarner dans le processus d'explication en leur donnant le statut de causes, en escamoterait à l'inverse tout le pouvoir explicatif. Ce ne serait pas en tant qu'événement mental énonçant une raison d'agir qu'un événement causerait une action, mais seulement en tant qu'il pourrait être décrit comme un événement physique. Puisque, comme l'affirme Davidson, il n'y a pas de loi causale reliant entre elles les descriptions d'événements mentaux et celles d'événements

³¹⁶ Pascal Engel in Donald Davidson, *Actions et événements*, op. cit., p. XXI.

³¹⁷ Frederick Stoutland, « Causalité oblique et raisons d'agir » (1980), in Marc Neuberg, *Théorie de l'action*, op. cit., p. 141-158. Voir également sur ce point Ted Honderich, « The Argument for Anomalous Monism », in *Analysis*, 42, 1982, p. 59-64 ; Dagfinn Føllesdal, « Causation and Explanation : A Problem in Davidson's View on Action and Mind », in Ernest Lepore and Brian Mac Laughlin, *Actions and Events : Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, p. 311-323 ; et la présentation de Pascal Engel in *Actions et événements*, op. cit., qui analyse la réponse de Davidson à cette accusation dite d'épiphiénoménisme.

physiques, et qu'on ne peut formuler de loi qu'entre un événement physique et un événement mental décrit en termes neurophysiologiques ou physico-chimiques, il y aurait donc une déconnexion entre le niveau des causes dites réelles de l'action et le niveau de la description des raisons d'agir. Si le niveau de la description des raisons d'agir en termes psychologiques est bien conservé, il n'a, dit Stoutland, aucune espèce de pertinence pour expliquer l'action d'un individu. On se situe alors face à une « théorie causale de l'action estimant qu'il n'y a pas et qu'il ne peut y avoir d'explication causale de ce qu'un agent intentionnel ait agi intentionnellement dans une situation donnée »³¹⁸. Le niveau de l'explication intentionnelle n'est donc pas conçu comme ayant une véritable valeur de connaissance, ou alors, s'il apporte des éléments dont on ne pourrait pas se passer, ceux-ci ne pourraient avoir de valeur qu'à condition d'être adossés à une structure explicative éminemment scientifique : la causalité. Les énoncés intentionnels ne seraient qu'une manière – préscientifique, prosaïque – de formuler et de refléter notre appréhension commune de l'action humaine, qui ne pourraient escompter acquérir de valeur et de sens qu'en étant reformulés dans un autre langage et à un autre niveau d'analyse.

Ce n'est d'ailleurs pas anodin si, s'engouffrant dans cette brèche creusée par Davidson, certains auteurs reprennent à leur compte les thèses causalistes et les radicalisent. Ainsi Paul M. Churchland³¹⁹ affirme-t-il non seulement la légitimité et la nécessité d'œuvrer à la construction d'une théorie causale de l'action dans la lignée de Davidson, mais aussi la possibilité d'énoncer les lois empiriques reliant la description de nos états mentaux en termes de raisons d'agir à nos actions, ce à quoi renonçait pourtant Davidson. Dans son article de 1970, qui se comprend comme une critique directe du modèle explicatif défendu par Dray, il affirme clairement que son but est de montrer que le modèle déductif-nomologique issu de Hempel convient parfaitement à l'explication de l'action, et que ce sont principalement les travaux de Davidson qui ont permis d'entrevoir cette nouvelle perspective. Toutefois selon lui, Davidson n'aurait pas été suffisamment loin, en cantonnant notre pouvoir explicatif concernant les actions humaines « à une appréhension rudimentaire et fragmentaire de connexions nomologiques et probables », là où lui voudrait montrer que « nos explications d'actions ordinaires présupposent bel et bien des principes nomologiques ou “lois” *spécifiques* et que toute une série de traits intéressants de ces explications peuvent être clairement compris une fois mise en lumière cette structure fondamentale »³²⁰.

³¹⁸ Frederick Stoutland, « Causalité oblique et raisons d'agir », in Marc Neuberg, *Théorie de l'action*, op. cit., p. 150

³¹⁹ Paul M. Churchland, « La structure logique des explications d'actions » (1970), in Marc Neuberg, *Théorie de l'action*, op. cit., p. 79-100

³²⁰ *Ibid.*, p. 80.

La stratégie de Paul M. Churchland consiste, pour établir un modèle de loi permettant d'expliquer que « X a fait A parce qu'il désirait $\emptyset$ », à examiner toutes les objections qu'on adresse communément aux explications causales de l'action, afin de dégager les conditions explicatives sous lesquelles l'énoncé « X a fait A parce qu'il désirait $\emptyset$ » s'avère valable. Autrement dit, il s'agit d'établir « une conditionnelle universelle dont l'antécédent est formé de la conjonction de conditions explicatives et le conséquent de l'énoncé “X fait A” »³²¹. On peut rapidement retranscrire le modèle de loi de Paul M. Churchland comme suit :

« X a fait A parce qu'il désirait $\emptyset$ », s'il est à la fois vrai que :

- 1) X désire $\emptyset$;
- 2) X croit que faire A lui permet dans les circonstances présentes de produire ou d'obtenir $\emptyset$;
- 3) X ne croit pas qu'il existe une autre action que A lui permettant de produire ou d'obtenir $\emptyset$, et pour laquelle il aurait une préférence au moins égale à celle de faire A ;
- 4) X n'a pas d'autre désir qui, dans les circonstances présentes, le détourne de son désir de $\emptyset$;
- 5) X sait comment faire A ;
- 6) X est capable de faire A ;

Alors X fait A.

Les conditions 1 à 4 se réfèrent au désir et à la fin invoqués, et les conditions 5 et 6 se rapportent aux conditions d'adéquation de l'explication à l'action. L'ensemble de ces conditions constituent selon Paul M. Churchland des constantes de toute explication de l'action, et permettent de l'intégrer dans un authentique modèle déductif-nomologique. Cet ensemble constitue l'*explanans* de l'action. Entre ce dernier et l'action s'établit une relation causale explicative telle que l'action menée par l'agent apparaît comme étant de son point de vue la seule action rationnelle qu'il pouvait faire étant données les circonstances. On retrouve donc l'idée de la « chose à faire » de Dray, et le principe de l'explication rationnelle, mais incorporés dans un modèle causal.

Toutefois, concède Paul M. Churchland, certaines difficultés apparaissent, qui le conduisent à caractériser son modèle de loi davantage comme une *esquisse* de loi que comme une loi parfaitement aboutie. Il dénombre principalement trois sources d'obstacles. La première est liée à ce qu'il appelle l'opacité référentielle des conditions explicatives. Il n'est pas toujours simple de choisir, pour renseigner les différentes conditions explicatives, le bon mode de description de l'action menée en vue d'obtenir quelque chose. Paul M. Churchland prend pour illustrer cela un exemple tout à fait

³²¹ *Ibid.*, p. 80.

ordinaire : « X a fait chauffer de l'eau pour se préparer une tasse de café ». En faisant bouillir son eau, il est vrai qu'il a fait monter la pression de l'eau au niveau de la pression atmosphérique, mais on peut supposer qu'il n'a aucune connaissance précise de ce phénomène physique, et que ceci ne figure pas comme une condition effective de son action, représentée dans un état mental. Dès lors, un énoncé tel que « X a fait monter la pression de la vapeur jusqu'à la pression atmosphérique pour se préparer une tasse de café » ne constitue pas une bonne explication de l'action en question, même si, d'un point de vue descriptif, c'est une des conditions qui s'est effectivement réalisée. Il faut donc, dans le choix des conditions explicatives d'une action, opérer un tri permettant de discerner celles qui sont adaptées à l'action en question, et celles qui ne le sont pas.

La question qui surgit alors, et à laquelle Paul M. Churchland ne répond pas est : quels critères permettent de distinguer une condition explicative adéquate, d'une autre qui ne le serait pas ? Comment savoir quel est le bon jeu de langage ? Dans l'exemple qui est le sien, ce choix ne repose-t-il pas sur un critère de connaissance de l'agent en question et du contexte dans lequel il se situe, et sur la prise en considération des informations dont celui-ci dispose probablement et des buts qu'il se donne ? Supposons un homme dans un laboratoire d'analyses scientifiques spécialisé dans les recherches sur les phénomènes liés à la pression atmosphérique, qui ferait chauffer de l'eau. On n'imaginerait pas au premier abord que ce soit dans le but de se faire une tasse de café, comme on le ferait spontanément d'un homme qui, le matin dans sa cuisine, procéderait à la même action. On présupposerait davantage que cela aurait trait à ses recherches, et on n'emploierait pas, à cet effet, le même vocabulaire. On dirait plus volontiers qu'il « porte de l'eau à ébullition », ou qu'il « augmente la pression de la vapeur d'eau », plutôt que de parler, en langage commun, de « faire chauffer de l'eau ». Ainsi, le vocabulaire utilisé, les connotations portées par les termes dont on use, les éléments descriptifs que l'on juge utiles de signaler, les circonstances particulières que l'on estime indispensables à l'édification de l'ensemble des conditions permettant d'établir l'explication de l'action varient notablement en fonction du contexte dans lequel on se situe, de la connaissance que l'on a ou non de l'action et surtout du genre d'objectif que l'on a en essayant de produire une explication. En effet, autant il paraîtrait totalement incongru de spécifier le diamètre de la casserole utilisée pour faire chauffer de l'eau dans le cadre d'une explication fournie en réponse à la question « pourquoi a-t-il fait chauffer de l'eau ? », autant il paraît évident et nécessaire de spécifier, dans le cas d'un meurtre par arme à feu, en réponse à la question « pourquoi a-t-il tiré sur X ? », une condition spécifiant le type et le calibre de l'arme utilisée.

Ce que l'on veut souligner par-là, c'est que le modèle de loi que Paul M. Churchland propose a évidemment une vertu formelle indéniablement intéressante, et qu'il a sans aucun doute un effet structurant sur l'explication proposée. Mais ce que cette loi prescrit, c'est la forme que prend ou doit

prendre toute explication *générale* de l'action. Si elle nous dit bien quelles doivent être, formellement, les conditions réunies pour obtenir une authentique explication de l'action, elle ne nous dit pas comment, dans chaque cas singulier, renseigner ces différentes conditions, comment et pourquoi choisir telle formulation plutôt que telle autre. Elle laisse par ailleurs entendre qu'il y aurait une seule bonne explication possible de l'action ou, en quelque sorte, une vérité de l'action, lors même que cette vérité absolue ne semble pas accessible, et que cela soit toujours une vérité relative à un certain type de questionnement et à un certain degré de connaissance des circonstances de l'action dont on doit se contenter. Ainsi, dans le cas du juge qui cherche à établir une vérité *juridique* concernant l'action d'un accusé. Il ne s'agit premièrement pas d'une vérité en soi, mais d'une vérité établie à la lumière d'un questionnement juridique, mis en œuvre selon un certain vocabulaire, et dont l'objectif est de rendre justice. Supposons qu'un juge d'instruction soit conduit à ordonner, comme le permet l'article 177 du Code de procédure pénale en France, un non-lieu, et que la raison soit le défaut « de charges suffisantes contre la personne mise en examen ». Peut-on dire de ce non-lieu et des motivations qui le sous-tendent qu'ils sont la vérité de la chose jugée ? Bien sûr que non : ils sont l'énoncé vrai de tout ce que l'on peut dire d'une affaire à un moment donné, en l'occurrence, qu'on n'en sait pas suffisamment pour pouvoir statuer. Ceci n'empêche pas par ailleurs, plus tard, de rouvrir le dossier si des éléments nouveaux le permettent et justifient une nouvelle instruction. On dira alors autre chose de l'affaire en question. Ceci signifie qu'il n'y a pas une vérité définitive en la matière, mais des vérités en construction, et qui, paradoxalement, peuvent très bien, à chaque fois, satisfaire au modèle de loi explicative de Paul M. Churchland. Autrement dit, c'est à la lumière d'une certaine compréhension initiale des éléments en présence d'une affaire que le juge établit une relation entre raisons d'agir et action, et qu'en fonction, il rend son verdict, qui peut-être selon l'expression juridique anglaise « *defeasible* » : c'est l'idée qu'un acte juridique peut être défaisable, soumis à une clause de nullité, si des éléments nouveaux apparaissent, dont on aurait dû tenir compte si l'on avait pu en avoir connaissance, mais dont on ne pouvait pas avoir, *a priori* de connaissance. L'apparition de nouveaux éléments, l'élargissement des informations concernant le contexte d'une affaire peuvent donc réorienter ou modifier la compréhension et le jugement qui en seront faits, ce qui amène à soutenir qu'il n'y a pas au sens strict d'explication définitive, dont on pourrait, une bonne fois pour toutes, être assuré avec la même certitude scientifique que l'on attend de la conclusion d'un raisonnement mené selon les règles du modèle déductif-nomologique dans les sciences naturelles. Les procédures juridiques telles que le non-lieu, ou la révision d'un procès, ou encore les cas où un jugement est cassé en appel en témoignent et seraient incompréhensibles autrement, sinon comme erreurs judiciaires.

Paul M. Churchland identifie deux autres obstacles à l'établissement d'une loi explicative de l'action. Le premier renvoie au problème classique de la lacune causale parfois désigné aussi sous le nom d'*akrasia*, difficulté que Davidson identifie déjà dans ses différents travaux³²². Sans entrer dans le détail de ce débat qui a donné lieu à une littérature plus qu'abondante, rappelons simplement que le problème de la lacune causale désigne les cas où le fait d'avoir le désir de faire quelque chose et de remplir toutes les conditions formalisées par Paul M. Churchland ne mène pas à l'action désirée. Ce sont des cas où des causes présentes d'une action sont identifiées, sans pour autant constituer une condition suffisante de l'action, puisque cette action n'a pas lieu, alors qu'elle a été voulue et décidée. Comme le commente Max Kistler :

« Nous connaissons tous des décisions que nous avons prises sans les exécuter. Cela semble impliquer que ces prises de décisions ne sont pas les causes, en tous cas pas des causes complètes de l'action. On pourrait avoir l'impression que ce défaut n'est qu'un symptôme de la défaillance plus profonde de la TCA qui refuse de concevoir le sujet comme libre, pour le réduire à un lieu de transition de chaînes causales mécaniques et déterministes. Il semble que sur le plan causal il existe toujours une lacune entre la décision et le début de l'action, lacune dans laquelle se situe précisément la marge de manœuvre requise par notre liberté de choisir d'agir ou de ne pas agir. »³²³

Le second obstacle que souligne P. M. Churchland est celui des chaînes causales déviantes. Là encore, une large littérature en traite, et Davidson le premier³²⁴. Ce sont des cas qui mettent en péril la théorie causale de l'action, soit parce que, tout en répondant aux conditions énoncées par la théorie causale de l'action, ce ne sont pas des actions du tout, soit parce que le résultat de l'action effectivement menée ne correspond finalement pas à l'action prédite et donc à l'intention initiale énoncée par la théorie causale.

Face à chacun de ces différents obstacles recensés comme des menaces à la théorie causale de l'action, P. M. Churchland développe, à la suite de Davidson, un ensemble d'arguments, le plus souvent très convaincants, mais qui présentent l'inconvénient, il le note lui-même, d'insérer des clauses supplémentaires aux conditions générales établies dans son modèle de loi explicative. Il les nomme, comme Mill puis Hempel, des conditions *ceteris paribus*, c'est-à-dire des circonstances particulières, des causes secondaires affectant la généralité de la loi explicative de l'action humaine. À ce sujet il écrit :

« Il est courant de suppléer aux lacunes et aux imprécisions de notre connaissance des connexions nomologiques par de telles conditions *ceteris paribus*. Dans certains cas, ces

³²² Voir notamment l'article de Davidson de 1970, « Comment la faiblesse de la volonté est-elle possible ? », in Donald Davidson, *Actions et événements*, op. cit.

³²³ Max Kistler, « Les causes des actions », in *Le temps philosophique*, op.cit.

³²⁴ Voir en particulier l'article de Davidson de 1973, « Liberté d'action », in Donald Davidson, *Actions et événements*, op. cit.

conditions sont hautement informatives, dans d'autres moins, et ce jusqu'au cas limite de l'expression générale "sauf facteurs contraires". Mais les conditionnelles ainsi affaiblies ne perdent pas pour autant leur pouvoir explicatif. Notre connaissance incomplète des détails mineurs et moins évidents d'un grand nombre (ou de la plupart) des connexions nomologiques ne reflète que le caractère plus ou moins achevé d'une inférence *D-N* ; il se peut que la prémisse majeure ne soit qu'une *esquisse* de loi. »³²⁵

Dans ces quelques lignes, nous retrouvons de nombreuses similitudes entre la ligne argumentative défendue par Paul M. Churchland et celle défendue antérieurement par Mill puis Hempel. Comme Mill, Paul M. Churchland pense que ces conditions *ceteris paribus* qui affectent la loi explicative de l'action humaine ne remettent pas en cause cette dernière, mais marquent simplement l'incomplétude et l'inexactitude de notre connaissance des éléments contextuels entrant en ligne de compte dans l'explication d'une action. On renoue alors avec cette idée que ce qui est pour le moment une esquisse de loi, une ébauche provisoire, sera amené à progresser au fil du temps. Cela ne veut pas dire, premièrement, qu'une telle loi n'existe pas, mais simplement que nos connaissances ne sont à ce jour pas suffisantes pour parvenir à une connaissance aussi exacte que celle que permettent nos modèles causaux en sciences naturelles. Deuxièmement, cette faiblesse n'est pas propre à l'explication des phénomènes humains. Les lois causales que l'on peut trouver en sciences de la nature, comme l'ont rappelé Mill puis Hempel, n'échappent de toute manière pas à l'évocation de conditions *ceteris paribus*. Les lois causales de couverture qui y sont évoquées ne valent que dans la mesure où aucun facteur contraire ne vient les contredire et y faire exception. Ainsi, l'argument selon lequel la loi explicative défendue par Paul M. Churchland ne serait pas recevable en raison de son inexactitude nécessiterait de remettre en cause l'ensemble de nos lois explicatives, y compris en sciences de la nature. Troisièmement enfin, comme le soulignait par ailleurs Hempel à propos de cette science particulière qu'est l'histoire, les esquisses de lois que l'on trouve en sciences humaines, et qu'il nomme des *explanation sketches*, sont pour la plupart du temps bien suffisantes pour rendre compte d'un événement, et l'inventaire exhaustif de toutes les conditions particulières affectant une loi ne nous en apprendrait pas forcément beaucoup plus. En conséquence, même si, comme Paul M. Churchland le dit lui-même, l'invocation de ces conditions particulières a bien parfois une allure de « tours de passe-passe »³²⁶, si « pour établir solidement les conditions spécifiques que j'ai identifiées, il faudrait un nombre énorme de cas », et si les exemples qu'il étudie ne représentent en réalité « qu'un ensemble minimal et ne sont tout au plus qu'une illustration des conditions explicatives de base (ou que je crois telles) valables dans le cas normal »³²⁷, cela ne l'empêche pas de conclure avec fermeté

³²⁵ Paul M. Churchland, « La structure logique des explications d'actions » (1970), in Marc Neuberg, *Théorie de l'action*, *op. cit.*, p. 86.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*, p. 81.

à la supériorité de la théorie causale de l'action. Selon lui, la « conception des explications d'actions comme cas particuliers du modèle d'explication *D-N* nous a permis de donner une représentation parfaitement intelligible des faits. Ce modèle n'est pas imposé aux explications d'actions : elles l'appellent »³²⁸. Au lecteur, ajoute-t-il, d'ajouter de nouveaux exemples s'il le souhaite, et, au fil de ses analyses et de ses recherches, d'améliorer et d'affiner la formulation des différentes conditions de la loi explicative de l'action initialement proposée.

Étant donnée la proximité du raisonnement de Paul M. Churchland avec ceux auparavant défendus par Mill et Hempel, le même genre de questionnement critique que nous leur avons adressé peut ici être renouvelé. Quelle valeur scientifique peut-on accorder à cette adjonction *ad hoc* de conditions ? S'agit-il encore d'une loi si cette dernière ne vaut que dans des cas très particuliers et sauf facteurs contraires ? Quel est le gain explicatif d'une telle formalisation ? N'est-on pas dans un cas de figure où on ne cesse de modifier l'énoncé de la loi explicative, comme lorsque l'on veut à tout prix qu'une théorie demeure vraie en intégrant de multiples cas d'exception de manière à répondre par avance à tout type de contre-exemples ou d'objections ? Un auteur tel que Max Kistler voit bien que les différentes réponses apportées par les tenants de la théorie causale de l'action prêtent le flanc à ce genre d'attaques. Il est en effet difficile de faire la différence entre une théorie que l'on améliore et que l'on consolide au fil des critiques qui lui sont adressées et une théorie que l'on remanie constamment pour échapper à la réfutation. La différence, d'après Max Kistler, tiendrait à notre capacité à justifier raisonnablement les changements théoriques opérés, indépendamment du seul désir de « sauver » une théorie coûte que coûte. Selon lui, les ajustements que les différents défenseurs de la théorie causale de l'action proposent disposent d'une telle justification. Dans la théorie causale de l'action, comme aussi dans certains domaines des sciences de la nature, on ne parvient pas toujours à énoncer une conjonction de causes suffisantes pour expliquer de manière complète une action ou un événement qui a eu lieu. Mais cela ne doit pas remettre en question le fait qu'une théorie causale de l'action soit possible. Cela devrait plutôt nous amener à remettre en cause la pertinence de notre conception de la causalité ainsi que celle du modèle déductif-nomologique tel qu'il est systématisé depuis Hempel³²⁹. Notamment, Max Kistler insiste sur la nécessité, à l'instar des sciences naturelles elles-mêmes, comme nous avons pu en entrevoir le cas avec les débats qui sont engagés dans le domaine de la biologie, d'élargir notre concept de causalité, et d'intégrer des théories de la cause plus inventives. Il invoque à cet effet des théories comme celle du transfert ou encore la conception

³²⁸ *Ibid.*, p. 94.

³²⁹ On peut renvoyer, pour une analyse plus précise des problèmes que soulève le modèle déductif-nomologique, à l'ouvrage collectif de Anouk Barberousse, Max Kistler et Pascal Ludwig, *La philosophie des sciences au XX^e siècle*, Paris, Flammarion, « Champs-Université », 2000, en particulier le chap. 5.

contrefactuelle de la causalité. Dans le cadre de ces théories, on dit que la cause d'un événement n'est jamais suffisante pour expliquer à elle seule son effet. Si on retient la théorie contrefactuelle, celle selon laquelle A n'aurait pas eu lieu si B n'avait pas eu lieu, B est bien la cause de A mais n'en est pas forcément une cause suffisante. Pour autant, bien qu'il y ait une « lacune causale », une explication causale incomplète, la relation de causalité est conservée et demeure pertinente.

V. Cause ou raison, positivisme ou anti-positivisme, monisme ou dualisme : ces positions résistent-elles à un examen fondationnel ?

Ce qui nous intéresse ici n'est pas d'entrer dans les méandres des discussions sur les atouts respectifs de chaque théorie de la causalité, de se prononcer sur un concept en particulier, ou au contraire de défendre un pluralisme causal. Ce qu'il nous importe de souligner, c'est que, quelle que soit l'idée de cause que l'on retient, et même si cela nécessite de prendre des distances avec le modèle D-N, et d'envisager un modèle moins étroit, l'idée de causalité apparaît comme la pierre de touche du raisonnement scientifique que ce soit dans les sciences naturelles ou dans les sciences humaines et sociales. Comme si, en dehors du concept de cause, toute rationalité et toute logique s'évanouissaient. Cette quasi foi en l'idée de cause, on la trouve formulée de manière surprenante dans les propos liminaires que Davidson écrit pour présenter l'ensemble des articles réunis dans *Actions et événements* :

« Le thème majeur est le rôle que les concepts causaux jouent dans la description et dans l'explication de l'action humaine. La thèse est que la notion ordinaire de cause qui apparaît dans les analyses scientifiques aussi bien que communes des faits non psychologiques est également essentielle quand on veut comprendre ce que c'est qu'agir avec une raison, avoir une certaine intention d'agir, être un agent, agir contre son meilleur jugement ou agir librement. La cause est le ciment de l'univers ; le concept de cause est ce qui sous-tend notre image du monde, et sans lui cette image volerait en éclats dans un diptyque du mental et du physique. »³³⁰

On peut être déconcerté par cette croyance ainsi professée : pourquoi faudrait-il nécessairement que l'unité de notre univers soit assurée par le concept de cause ? Pourquoi un monisme méthodologique serait-il le seul rempart à la cohérence de notre représentation du monde ? Il semble qu'ici, on mette le doigt sur ce que l'on pourrait appeler un arrière-plan idéologique, fait de certains présupposés voire

³³⁰ Donald Davidson, *Actions et événements*, op. cit., introduction, p. 5.

de préjugés métaphysiques, politiques et éthiques concernant l'homme, sa place dans le monde, et la science. Cet arrière-plan idéologique peut être justifié *a posteriori*, en indiquant les conséquences, bonnes ou mauvaises, qu'il engendre au regard d'un autre positionnement idéologique, ou bien en montrant qu'il permet un développement de la connaissance ou une plus-value heuristique supérieure à un autre. Mais il ne peut être fondé *a priori*, autrement que comme une décision possible parmi d'autres également possibles. Ainsi, la volonté d'affirmer que la théorie causale est *la* théorie qu'il nous faut pour expliquer l'action, et par conséquent, qu'il nous faut entreprendre un programme de naturalisation des sciences humaines, de leurs méthodes et de leurs résultats, mérite d'être interrogée.

Posons crûment la question : pourquoi devrions-nous être naturalistes en matière de théorie de l'action, et partant, en matière de théorie du droit et de la décision judiciaire ? Ou à l'inverse, qu'est-ce qui est inacceptable dans le fait de concevoir la science dans une perspective dualiste ? Qu'est-ce qui, dans le modèle d'explication intentionnaliste que nous avons décrit, semble inacceptable ? Pour le dire dans les mots de J. L. Mackie : *et si la causalité n'était pas l'unique ciment de l'univers ?*

On devine derrière la volonté d'appliquer un modèle causal à l'ensemble des sciences, une volonté d'unification des différents domaines de la science, et en particulier, le désir d'homogénéiser les procédures, les méthodes, le vocabulaire, et les résultats de ces différents domaines. Outre cet effort de synthèse et de cohérence, il y a très sûrement aussi une confiance dans le modèle des sciences naturelles, liée à leur capacité à approcher l'exactitude, à leur efficacité, aux progrès (humains, technologiques) qu'elles ont permis et à l'avancée indéniable des connaissances qu'on a pu y observer. Emprunter des méthodes ayant déjà fait leurs preuves et disposant d'une reconnaissance académique, c'est ainsi s'assurer une légitimité scientifique. Par ailleurs, dans les efforts de formalisation de l'explication de l'action, comme on en trouve l'exemple chez Paul M. Churchland, on peut sans doute lire la conviction que l'appel à des procédures issues de la logique formelle permet de répondre à une exigence de rigueur qui garantit que le discours développé sur cette question soit un langage authentiquement scientifique, débarrassé de présupposés, principalement métaphysiques ou moraux.

Ainsi peut-on reconstruire quelques-unes des principales raisons positives que le naturaliste pourrait évoquer pour appuyer son choix méthodologique et sa position de principe. Il semble que le naturaliste ait également des raisons négatives de défendre un modèle scientifique causaliste exclusif. S'il refuse d'admettre un modèle explicatif alternatif comme le modèle intentionnaliste, c'est parce que ce dernier lui inspire nombre de doutes et d'appréhensions. En effet, on peut d'abord supposer dans les tentatives d'absorption des méthodes explicatives intentionnalistes dans la théorie causale,

une méfiance pour le langage ordinaire, commun, voire populaire sur lequel elles se fondent. Elles emploieraient des termes trop vagues, trop flous, difficiles à définir et à systématiser, notamment dans la description des états psychologiques, émotionnels et affectifs des individus. Cela dit, on a vu que dans courant intentionnaliste, les accents spiritualistes ou mystiques comme les décrit Aron, ont largement disparu. En outre, le naturaliste décèle dans l'entreprise intentionnaliste, à juste titre, un certain anti-formalisme, une réticence voire un refus, par-delà les divergences de détail en matière de méthodologie, d'adopter une perspective nomologique et généraliste concernant l'action humaine. Le modèle intentionnaliste insiste en effet davantage sur le caractère singulier, unique, et libre de l'action d'*un* homme, et sur les difficultés qu'il y aurait à généraliser, anticiper ou bien prévoir son comportement. Plus généralement, les méthodes des intentionnalistes se fondent sur le présupposé d'une réalité humaine riche et changeante, impossible à pénétrer de manière exacte et *a priori*, et par conséquent, sur l'idée que la multiplicité des actions et des comportements humains ne peut se plier à des catégorisations abstraites et formelles, par trop étroites et simplificatrices. Celles-ci peuvent bien sûr donner des ordres d'idées, des tendances, des cadres explicatifs ayant une portée générale, mais elles ne peuvent en aucun cas s'appliquer mécaniquement à l'action humaine, toujours prise dans des déterminations contextuelles infiniment complexes.

La volonté d'unification des connaissances et des méthodes est bien compréhensible et, d'un point de vue purement théorique, connaît peu de détracteurs. Mais elle ne doit pas éclipser l'idée que les différentes disciplines scientifiques ont à apprendre les unes des autres, que la pluridisciplinarité est un fait de la vie scientifique, et permet une interdisciplinarité féconde. Aussi, on peut être méfiant, lorsque l'unification tend à l'uniformisation, et se fait au détriment de la richesse explicative que permettent des modèles qui ne sont pas toujours facilement exportables d'un champ disciplinaire à un autre, et qui ne sont pas assez « classiques » au regard des canons d'exactitude, de vérification, de rigueur formelle et de prédiction. Aux tentatives hégémoniques, et dans notre cas, à la tentative d'absorption des modèles concurrents menée par la théorie causale de l'action, nous préférons une tentative de conciliation qui respecte une certaine autonomie de méthode. Il s'agit alors davantage de faire dialoguer et se compléter les traditions et de s'engager dans une répartition des tâches. À la méthode causaliste une analyse logique et formelle des facteurs déterminant l'action *en général*, selon une visée exclusive de connaissance, et recherchant de grandes lois ou principes explicatifs ; à la méthode intentionnaliste une reconstitution minutieuse des raisonnements humains en fonction des contextes particuliers dans lesquels ils sont pris, selon une méthode compréhensive d'explication rationnelle, poursuivant à la fois une visée de connaissance théorique mais également des visées pratiques.

Ces visées pratiques peuvent être diverses. Dans le domaine judiciaire par exemple, dans le cadre d'un procès, on peut, en recherchant une forme d'expertise, vouloir évaluer la rationalité d'un agent quant à la finalité de son action et au choix des moyens mis en œuvre ; on peut éprouver le besoin d'identifier *a posteriori* quelles ont pu être les intentions d'un individu. Pour le juriste en position d'observation de l'activité juridictionnelle, il peut s'agir par exemple de rechercher les motivations profondes d'une décision judiciaire, qui peuvent être autres que purement technico-juridiques, en reconstruisant l'arrière-plan culturel d'un juge, ou en montrant que sa décision est liée à une conscience aiguë des conséquences socio-politiques ou économiques de sa décision. Il s'agirait alors ici d'affirmer que l'interprétation intentionnaliste d'une action n'exclut pas qu'à un autre niveau d'analyse, on puisse en mener une explication causale. Pour s'en convaincre, on peut rappeler à cet effet l'analyse que mène Aron concernant un phénomène tel que le suicide, qui peut se comprendre tant d'un point de vue social global, que d'un point de vue biographique et individuel. En effet explique-t-il, on peut très bien mener une étude de cas individuels de suicide, en essayant de reconstruire la logique propre à un individu qui le conduit à s'ôter la vie. Mais un tel examen n'empêche pas, à un niveau plus général, de conduire une étude statistique permettant d'établir des variations de taux de suicide en fonction de causes sociales par exemple. Par conséquent, « l'interprétation non causale ou l'interprétation intelligible du micro-événement intentionnel n'exclut nullement l'étude des consécutions régulières ou l'étude de la causalité à un niveau supérieur »³³¹.

Il ne s'agit donc pas pour nous d'essayer de surmonter la distinction entre conceptions causaliste et intentionnaliste de l'action, mais plutôt d'en comprendre le sens et de montrer que cet écart peut s'avérer pertinent. Ainsi, nous sommes d'accord avec von Wright pour dire que l'écart entre causalistes et intentionnalistes ne se réduit pas à une querelle de mots et qu'une clarification de l'usage des termes de causes ou de raisons par exemple ne suffirait pas à éteindre les controverses. Selon lui, le fond de la dispute ressortit à des visions du monde fondamentalement différentes. Comme il l'écrit :

« Le "causaliste" reliera sûrement les intentions, les motifs et les raisons aux causes, et les actions aux événements. "L'actionniste", lui, regroupe ces concepts d'une manière différente : les motifs et les raisons avec les actions, les événements avec les causes – et il voit entre ces deux groupes un fossé profond. [...] Le "causaliste" et "l'actionniste", en d'autres termes, tissent différemment la trame conceptuelle qui constitue l'arrière-plan à partir duquel ils voient le monde – et par conséquent ils voient le monde différemment. »³³²

³³¹ Raymond Aron, *Leçons sur l'histoire*, op. cit., « De l'analyse causale », p. 172.

³³² « The "causalist" will perhaps link intentions, motives and reasons to causes, and actions to events. The "actionist" groups the concepts differently: motives and reasons with actions, and events with causes – and between the two groups, he sees a sharp divide. [...] The "causalist" and the "actionist", in other words, knit differently the conceptual web

Ces deux visions du monde diffèrent selon lui d'un choix qui ne peut s'adosser à une démonstration philosophique fondatrice. Von Wright parle d'un « choix existentiel », c'est-à-dire du « choix d'un point de vue qui ne peut être fondé ultimement »³³³. Cette impossibilité fondationnelle explique sans doute l'âpreté des débats et la tendance, à vouloir absorber le modèle adverse soit comme un sous-modèle, soit comme un modèle inadéquat mais acceptable faute de mieux, soit encore comme un modèle incomplet.

C'est d'ailleurs précisément parce que ces visions du monde et les questionnements qu'elles génèrent sont si différents que finalement, elles peuvent être compatibles. Pour un même phénomène, on peut fournir une explication aussi bien téléologique que causale, à condition de bien voir qu'on ne s'intéresse pas au même aspect du phénomène, et qu'on ne lui pose pas les mêmes questions. C'est bien le sens de l'exemple de l'étude du suicide donné par Aron. L'*explanandum* d'une explication causale et celui d'une explication téléologique ne sont pas identiques. Si une explication causale cherche à rendre compte d'un élément d'un comportement, cet élément peut être compris soit comme quelque chose d'intentionnel, soit comme quelque chose de non intentionnel. Von Wright donne à cet effet l'exemple d'un neurologue qui stimulerait le cerveau d'un individu, de sorte que ce dernier effectue certains mouvements, comme lever le bras. Si on considère que la cause explicative du fait de lever le bras réside, pour cet individu, dans la stimulation neurologique qu'il reçoit, alors on doit dire que ce qui est expliqué, c'est pourquoi certaines parties de son corps bougent. Une explication téléologique, en revanche, n'aurait pas de pertinence, puisqu'ici il ne s'agit pas d'expliquer pourquoi cet individu a levé le bras. Dans un cas, on explique un mouvement corporel, dans l'autre, on rendrait compte d'une action. Von Wright en conclut alors que l'*explanandum* n'est pas le même selon si l'on se situe dans le cadre d'une explication causale ou téléologique : « du *même* élément de comportement, pris comme *explanandum* d'une explication causale, on peut faire une interprétation intentionnaliste qui le transforme en *explanandum* d'une explication téléologique »³³⁴. Puisque ces *explananda* ne sont pas identiques, le problème de leur compatibilité ne se pose pas, du moins pas à ce niveau.

against whose background they see the world – and they therefore see the world differently. » (Nous traduisons), Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*, *op. cit.*, p. viii.

³³³ « there is also a basic opposition, removed from the possibility both of reconciliation and refutation – even, in a sense, removed from truth. It is built into the choice of primitives, of basic concepts for the whole argumentation. This choice, one could say, is “existential”. It is a choice of a point of view which cannot be further grounded. » (Nous traduisons), *ibid.*, p. 32.

³³⁴ « For the *same* item of behavior which is the *explanandum* of a causal explanation may also be given an intentionalistic interpretation which turns it into the *explanandum* of a teleological explanation. » (Nous traduisons), *ibid.*, p. 124.

Reprenons, pour illustrer ce point, l'exemple que nous avons déjà évoqué concernant l'application du droit commercial par les cours de justice américaines que Llewellyn étudie dans *The Common Law Tradition*. L'examen qu'il mène de ces décisions juridictionnelles lui permet d'établir un lien de causalité entre le type de décision pris dans le cas de litiges entre vendeurs et acheteurs (favorable ou défavorable à l'une des parties), et les circonstances socio-économiques globales dans lesquelles ont lieu ces affaires. Dans cette perspective, lorsque l'on rend compte de la décision particulière d'un juge, en la rattachant à une tendance globale à trancher les litiges d'une manière plutôt que d'une autre, on rend compte de la manière dont les décisions sont prises, et non de la manière dont un juge a pris sa décision. Si l'on reprend la formule de von Wright, on observe comment les choses arrivent (à la manière d'un spectateur), et non comment on les fait arriver (en tant qu'acteur). Autrement dit, on explique ce qui a pu déterminer l'action d'un juge, ce qu'en général les juges font, mais non pourquoi *il* a agi comme il l'a fait.

Or cette distinction est d'importance, et il ne s'agit pas là d'une simple préciosité terminologique. Lorsque le juge pénal statue sur le cas d'une personne soupçonnée d'infraction, et qu'il prend en compte, par exemple, les dispositions de l'article 122-2 du Code Pénal qui affirme que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister », la formulation même de cet article lui enjoint d'établir, en accord avec l'instruction de l'affaire, ce qui, pour *cette* personne, constituait une « force ou une contrainte à laquelle elle n'a pas pu résister ». Si l'on pense au phénomène d'endoctrinement des personnes, il est évident que tous les individus, en fonction notamment de leur niveau de connaissances, leur milieu social, leur insertion dans une vie familiale, amicale, associative, de leur histoire personnelle, ne seront pas également sensibles à des forces d'endoctrinement. Ce qui pour certains sera irrésistible, ne le sera pas pour d'autres. Dès lors, le juge a bien à statuer non seulement sur les causes qui ont déterminé l'action d'un individu, mais également sur la manière dont l'individu, étant donné ces causes agissantes, a lui-même agi.

Il y a donc bien plus, dans le travail du juge pénal, que la mise en œuvre d'une logique monotone déduisant, des causes d'une action une fois mises au jour (son mobile, les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu) la culpabilité ou la non culpabilité d'un individu. Son travail est aussi et peut-être même principalement la mise en œuvre d'une logique évaluative et normative de ces mêmes éléments, dans le but d'établir le degré de responsabilité d'un individu. Concernant cette dernière, il semble que ce que le juge recherche et prend en compte n'est pas une ou des causes prises au sens de Hume, c'est-à-dire des causes revêtant une nécessité naturelle. Car dans ce cas, que jugerait-on en réalité ? Des circonstances, et non des actes. On n'établirait pas la responsabilité d'un auteur, mais des chaînes causales au sein desquelles la notion même d'auteur disparaîtrait. Toute la

difficulté du juge, quelle que soit sa spécialité, lorsqu'il cherche à établir la responsabilité d'un individu ou d'une institution, réside dans la description qu'il choisira de l'acte de l'individu ou de l'institution : le décrira-t-il, à l'aune de l'histoire dans laquelle s'insère cet acte, comme volontaire ou involontaire ? poussé par la nécessité ? évitable ou non... ? Son travail consiste donc à instaurer un partage entre, précisément, ce qui relève d'une chaîne causale nécessaire à laquelle un individu n'aurait pas pu échapper, et ce qui relève de son propre fait de sorte qu'il peut en être reconnu comme l'auteur et partant, le responsable, et qui revêt cette fois une nécessité logique.

On peut conclure sur ce point en résumant les choses ainsi : selon le but recherché et donc l'*explanandum* que l'on se donne, on n'a pas recours au même modèle explicatif. Étant donné un certain intérêt, pratique ou théorique, général ou singulier, on construit l'objet à expliquer, qui n'est donc pas un donné naturel. C'est en fonction de cette construction que s'impose le recours à une explication plutôt qu'une autre. Si l'on admet ce point, on admet qu'une complémentarité des méthodes soit envisageable. Cela revient à affirmer que l'explication causale et l'explication intentionnelle peuvent avoir cours, dans un même domaine et pour une même discipline. Cette compatibilité des méthodes explicatives ne signifie pas pour autant que l'une ou l'autre de ces méthodes soit indifféremment ou également valable étant donné un certain *explanandum*. Si nous cherchons à *comprendre* le sens du comportement d'un individu, et qu'on nous répond par l'énoncé d'un certain nombre d'événements neurophysiologiques à l'origine de ses mouvements ou de ses états cérébraux, nous n'en serons évidemment pas satisfaits. Comme si, alors que l'on demande à notre voisin de voyage combien de temps il reste avant que le train parte, celui-ci nous répondait qu'il est 20h06. Sa réponse n'est que thématiquement reliée à l'objet de notre interrogation, et en réalité elle n'y répond pas.

Notre but était de montrer que l'entreprise de naturalisation des sciences humaines – bien qu'elle semble aller de soi, au vu, notamment, des progrès scientifiques indéniables des sciences de la nature, de leur efficacité et leur intérêt technico-instrumental – résulte en réalité d'un choix, qui repose sur des intérêts, et qui n'a de sens qu'à être replacé dans une historicité. Concernant la théorie du droit en particulier, l'intérêt qui commanderait la volonté de la naturaliser pourrait être de deux ordres. Il peut s'agir, comme on vient de le voir, de la naturaliser au nom de la croyance selon laquelle la science conçue selon le modèle positiviste des sciences naturelles est plus valable : naturalisée, la théorie du droit se verrait reposer sur des fondements plus scientifiques. Il peut s'agir également d'un intérêt qui cette fois serait non plus épistémologique, mais proprement juridique. Naturaliser la théorie du droit et en particulier la théorie de la décision judiciaire pourrait vouloir montrer que la prise de décision en cette matière échappe à l'arbitraire, et renvoie à une nécessité quasi naturelle. Le fait de pouvoir prévoir les décisions judiciaires serait un signe patent de leur qualité. Dans le cas contraire,

on serait alors renvoyé à l'arbitraire du juge, au caractère toujours singulier de sa décision, et on aurait l'impression qu'aucune science en matière de théorie de la décision judiciaire ne serait finalement envisageable. Il faudrait alors souscrire à une forme de décisionnisme dont finalement, le scientifique ne pourrait pas dire grand-chose.

Sur ce point, on peut remarquer que les travaux des réalistes américains oscillent entre les deux positions que nous avons décrites. À la fois, indéniablement, le réalisme américain pris dans sa diversité aspire à une scientification de la théorie du droit, et l'on peut tout à fait, à la suite de Leiter, y repérer une tendance naturaliste. Mais dans le même temps, les réalistes, et avant eux la *Sociological Jurisprudence* se retrouvent autour d'une volonté commune de penser le droit en général et la décision judiciaire en particulier dans leur dimension pratique, c'est-à-dire plus précisément, dans leur contexte politique, historique, économique et social. Dans cette mesure, les modèles intentionnalistes que nous avons décrits apparaissent plus appropriés. Il n'est en effet, pas anodin que le réalisme américain se développe après et en réaction à une période où le formalisme domine la pensée et la pratique juridique. Suivant en cela les thèses défendues par le juge Holmes³³⁵, les réalistes refusent d'envisager le droit uniquement comme un système logique et clos sur lui-même, imperméable à toute détermination socio-historique. Ils revendiquent que le droit soit pensé avant tout comme une matière vivante que le juge utilise pour répondre aux réalités d'une société continuellement en mouvement. Les applications du droit, ses évolutions, ne sont pas pour eux le fruit d'un développement exclusivement logique, mais également social et historique. Ce qui fait en grande partie la marque du mouvement réaliste, c'est l'insistance sur l'idée qu'il existe un lien extrêmement étroit entre droit et société, et l'affirmation d'une conception du droit comme outil d'ingénierie sociale. Ce faisant, les réalistes résistent à la tendance à éclipser l'aspect contextuel et *ad hoc* du droit, et assument une définition en partie instrumentaliste de ce dernier, conçu comme un moyen au service de la société.

On peut illustrer ce point en rappelant le message essentiel des premières pages de *The Bramble Bush*. Llewellyn, s'adressant à des étudiants commençant leur droit, leur concède qu'étudier le droit, c'est bien en partie « passer beaucoup de son temps à essayer de découvrir, étudier, mémoriser, et comprendre le sens de ces prétendues règles de droit par lesquelles les juges affirment être liés, que les juges affirment devoir appliquer »³³⁶. Mais, ajoute-t-il immédiatement, cela ne représente qu'un début, que le commencement d'une tâche bien plus importante à accomplir. Savoir

³³⁵ Oliver W. Holmes, *The Common Law*, 1881; voir également « The Path of the Law », in *Harvard Law Review*, vol. 10, n° 8, 1897.

³³⁶ « you will spend much of your time attempting to discover and to study and to remember and to see the meaning of these so-called *rules of law* which judges says they are bound by, which judges say they have to apply. », Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p.6.

ce que les juges disent et le comprendre est évidemment essentiel, mais cela ne vaut qu'à condition d'être comparé et éclairé avec ce qu'ils font. Ainsi insiste-t-il ensuite sur ce que le droit permet de *faire*, de construire, de fabriquer : le droit ne s'étudie pas pour lui-même, mais pour ce à quoi il œuvre. Il se comprend à la fois, et en premier lieu, comme un moyen de maintenir un certain ordre social, et comme un « outil de réajustement social »³³⁷, qui ne cesse d'opérer un va-et-vient entre la réalité juridique et la réalité sociale dans lequel il s'insère. C'est en ce sens que Llewellyn dit du droit qu'il est « comme une partie de notre environnement, comme le temps qu'il fait »³³⁸. Les décisions prises par les juridictions permettent de régler des conflits qui autrement, ne trouveraient pas de solutions, et empêcheraient que l'ordre sur lequel une société se fonde soit perpétué. C'est l'idée, que nous avons déjà évoquée, d'un ajustement du monde aux lois : les individus, la plupart du temps, se conforment par avance au droit, et pensent leur action dans un univers normé, en se référant à ce que la législation permet et rend possible. « C'est le premier aspect, le pouvoir des tribunaux sur la société », écrit Llewellyn. Mais le mouvement inverse – l'ajustement des lois au monde – est également vrai. C'est « l'autre aspect », c'est-à-dire « le pouvoir de la société sur les tribunaux ». C'est cette dernière « qui incite les tribunaux à l'action » de sorte que « c'est seulement par l'observation de la société que les tribunaux sont en mesure de désigner quels sont les besoins qu'une nouvelle institution sert ou quels sont ceux qu'elle bafoue »³³⁹. Ainsi conclut Llewellyn :

« Pour partie, les tribunaux regardent franchement du côté de la société. Pour partie, ils regardent du côté du fonds de décisions constitué par leur travail passé dans des occasions semblables, c'est-à-dire qu'ils regardent du côté des “voies” juridiques déjà tracées. Dans tous les cas, si les besoins se font trop pressants et se répètent, alors tôt ou tard le droit en intégrera la reconnaissance. »³⁴⁰

Il faut donc compter à la fois avec l'influence du droit sur la société, et celle de la société sur le droit. Le pouvoir normatif du monde juridique n'empêche pas que le monde juridique subisse à son tour l'influence d'un ensemble de normes émanant de la société dans laquelle il se construit.

Dès lors, on peut comprendre que suivant le point de vue que l'on prend, la dynamique que l'on cherche à faire apparaître, autrement dit l'*explanandum* que l'on se donne, on puisse préférer se tourner vers certains modèles explicatifs plutôt que sur d'autres. C'est donc aussi cela être réaliste dans le domaine juridique. Il ne s'agit pas seulement d'être au fait de ce que font réellement les acteurs

³³⁷ *Ibid.*, p. 16.

³³⁸ *Ibid.*, p.15.

³³⁹ « This is the one side, the power of courts over society. The other has been already intimated, the power of society over the courts. It is society and not the courts which gives rise to, which shapes in the first instance the emerging institution ; which kicks the courts into action. It is only from observation of society that the courts can pick their notion of what needs the new institution serves, what needs it baffles. », *ibid.*, p. 60.

³⁴⁰ « Partly courts look directly at society. Partly they look at the deposit of their own work, made in the past on similar occasions, that is, at the existing “ways” of law. In any event, if the needs press and recur, sooner or later recognition of them will work into the law. », *ibid.*, p. 60.

du droit, juges ou législateurs, au-delà de ce qu'ils disent faire, et de se donner les moyens d'agir en connaissance des causes de cette réalité que nous contribuons à construire et qui, à la manière du temps qu'il fait, influence nos comportements. Il s'agit aussi, en fonction du contexte et des intérêts qui sont les nôtres, de choisir les modèles explicatifs qui approchent le mieux l'objet que l'on cherche à connaître.

Chapitre III. Enjeux des débats juridiques autour de la constitution d'une science du droit pour l'explication de la décision judiciaire

Une autre perspective sur la querelle des deux sciences

« Or, pour ma part, je ne suis pas du tout sûr que le bien et le mal existent. Et si ce n'était qu'une question de sécrétion glandulaire ? Trop de sécrétion d'une certaine glande, pas assez d'une autre... et vous voilà meurtrier, voleur, repris de justice... »

AGATHA CHRISTIE, *L'affaire Protheroe*, 1930³⁴¹

Il nous reste à montrer, comme nous l'avons déjà brièvement esquissé, que l'on peut retrouver, au sein du domaine du droit, des étapes similaires et des questionnements très proches de ceux qui jalonnent la querelle des deux sciences. On décèle sans difficulté de nombreux parallélismes entre, d'une part, les débats proprement philosophiques concernant la science, son unité et sa méthodologie, et d'autre part les débats proprement juridiques, centrés sur la question de la possibilité et de l'utilité de construire une science du droit spécifique et autonome.

Souligner ces analogies et ces ressemblances permet d'incarner de manière concrète, parce qu'en lien avec une discipline particulière, les problèmes philosophiques soulevés par cette querelle. L'intérêt, pour nous philosophes, est alors double : celui, d'abord, de donner corps à des débats épistémologiques très abstraits, dont la complexité et l'aridité font parfois perdre de vue les conséquences éminemment pratiques des choix théoriques faits en amont ; celui, ensuite, de raviver notre intérêt pour ces questions désormais si classiques et incontournables de l'histoire de la philosophie, puisque l'angle juridique permet de les aborder d'une manière renouvelée, autrement que comme de simples passages obligés. En se penchant sur l'histoire de la théorie du droit, on remarque en effet que, pas plus que dans les autres disciplines, les théoriciens du droit n'ont été épargnés par les débats méthodologiques et épistémologiques soulevés par la concurrence entre sciences de l'homme et sciences naturelles. Comme on a pu le souligner dans le champ proprement

³⁴¹ Agatha Christie, *L'affaire Protheroe*, Paris, Éditions du Masque, 2015, p. 491.

philosophique, on observe une réactivation de ces débats avec la naissance, à la fin du XIX^e siècle, des sciences sociales, et avec la domination de plus en plus importante exercée par la conception positiviste de la science. C'est ainsi que parallèlement à de nombreuses autres disciplines, les juristes se sont posés de manière aigüe la question de savoir (1) s'il était possible de faire du droit une science et (2), dans le cas où cela le serait effectivement, quel modèle de science pourrait ou devrait être retenu. Précisons que le but poursuivi ici n'est pas de faire un exposé exhaustif de ces débats, ce qui serait bien impossible et inutile pour notre propos. Il s'agit plutôt de choisir quelques débats particulièrement emblématiques des questionnements qui ont accompagné la naissance de la *science du droit*, afin de faire sentir l'importance de notre conception de la science, ou, pourrait-on dire, de notre idéologie scientifique, sur la manière que nous avons de faire le droit, d'être faits par lui, et de penser nos pratiques juridiques et normatives.

I. L'idée de science du droit

Concernant la question d'une science du droit, il convient tout d'abord de lever certaines ambiguïtés, comme le souligne Michel Troper dans son article « science du droit »³⁴². Lorsque l'on parle de science *du* droit, on parle bien d'une science qui aurait pour *objet* le droit. Il s'agit donc de distinguer d'une part *le droit*, (dont on peut penser ou non qu'il relève d'une démarche scientifique) et d'autre part *la science du droit*, sachant que l'on fait souvent de la capacité d'une théorie à se distinguer de son objet, un critère essentiel de scientificité. Par conséquent, comme le rappelle Véronique Champeil-Desplats, dans son récent ouvrage³⁴³, lorsque l'on parle d'une méthodologie *du droit*, on se situe du côté du discours du droit lui-même, tel qu'il est produit par des juges par exemple, et on s'intéresse à la manière dont est construit, ordonné, et mis en œuvre le discours juridique émanant des autorités normatives elles-mêmes. De manière différente, lorsque l'on parle d'une méthodologie *de la science du droit*, on se situe du côté d'un métadiscours sur le droit, où il s'agit d'analyser les méthodes qu'utilisent ceux qui produisent un discours sur le droit. Or, souligne V. Champeil-Desplats, on repère une tendance à confondre ces deux niveaux de discours et à considérer comme uniforme le métier de juriste, comme si ceux qui produisaient le droit et ceux qui

³⁴² Michel Troper, « Science du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, Lamy-PUF, « Quadrige », 2003, p. 1391-1394.

³⁴³ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2014, p. 14 et suivantes.

l'étudiaient poursuivaient nécessairement les mêmes finalités. C'est évidemment une gageure, et c'est à l'origine de deux erreurs qui nous intéressent tout particulièrement.

La première erreur consiste à croire que la manière dont le théoricien décrit et analyse les méthodes d'autres juristes, juges ou autres, est identique à la manière réelle d'agir et de raisonner des juristes observés – comme si la méthode d'analyse et le mode d'action étaient parfaitement calqués l'un sur l'autre. On retrouve cette confusion, que nous avons déjà soulignée, entre le point de vue de l'observateur et celui de l'acteur, entre une connaissance observationnelle et non-observationnelle d'une action, qui conduit par exemple à analyser le raisonnement d'un individu menant à une action comme un raisonnement purement déductif, alors que c'est rarement le cas. La confusion entre différents niveaux de discours peut aussi avoir lieu dans un second sens : on observe souvent, du côté des autorités normatives, une tendance à récupérer dans la doctrine existante des trames argumentatives, des motivations ou des opinions justifiant la décision qu'elles rendent, sans que ces trames, motivations ou opinions soient nécessairement celles qui sont effectivement à l'origine de la décision rendue. Comme les réalistes ont souvent pu le souligner, s'il faut faire une distinction entre les « *paper rules* », les règles telles qu'elles sont écrites, et les « *real rules* », les règles qui sont effectivement suivies³⁴⁴, il faut alors distinguer le raisonnement tel qu'il est justifié publiquement – en suivant certaines conventions, certains lieux communs, et en respectant ce qui, dans un certain contexte juridique, est considéré comme recevable – du raisonnement tel qu'il a été réellement conduit.

Parler en ce sens d'une science du droit s'oppose radicalement à l'idée que le droit serait en lui-même une activité scientifique. En effet affirme Éric Millard : « en distinguant soigneusement le droit de la science du droit, il s'agit de montrer que le droit n'est pas scientifique : qu'il n'y a pas une solution vraie, que la décision juridique n'est pas de type mécanique ou logique, que prescrire n'est pas une activité de connaissance »³⁴⁵. Ce faisant, la science du droit refuse de considérer le droit comme une activité scientifique mais considère néanmoins qu'une activité scientifique peut se déployer à son propos.

D'emblée se pose alors la question de l'utilité et de la nécessité d'une science du droit : pourquoi en effet, éprouve-t-on le besoin de redoubler le langage juridique, déjà extrêmement technique et codifié, d'un métalangage ? La première raison que l'on peut invoquer est liée à l'autonomisation et à la spécialisation progressives du droit comme discipline, qui s'effectuent au tournant du XIX^e siècle. De la même manière que les sciences humaines se sont petit à petit

³⁴⁴ Karl N. Llewellyn, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », in *Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930.

³⁴⁵ Éric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 30.

constituées, en s'extirpant à la fois de l'hégémonie des sciences naturelles et du règne sans partage de la *prima philosophia*, les disciplines juridiques ont cherché à se constituer de manière autonome, revendiquant des méthodes et des champs d'application et de réflexion singuliers. Quoi de plus naturel, dans cette optique, que la volonté de constituer une science du droit, autrement dit, un espace de réflexion sur le droit permettant d'accompagner ses importantes mutations, et de se forger un langage et une méthode propres ?

La science du droit est également capitale en un autre sens : située à côté du droit, elle en permet le bon fonctionnement. Les juristes praticiens ne peuvent prétendre à de bonnes pratiques sans les enseignements que peut fournir la science du droit. C'est en ce sens que l'on peut relire ce passage de Carré de Malberg (1861-1935), juriste positiviste français ayant très fortement influencé la doctrine française, lorsqu'il défend, avec détermination, l'absolue nécessité d'une science du droit :

« Assurément, le législateur, quand il édicte des règles nouvelles, le juge, quand il est obligé de trancher par ses propres moyens des litiges portant sur des points qui ne sont pas prévus par une règle existante, ne peuvent se passer, ni l'un ni l'autre, du secours de la science juridique : sans ce secours, ils ne seraient point capables de faire cadrer le droit qu'ils créent, avec l'ordre juridique général en vigueur. »³⁴⁶

L'action et le raisonnement juridiques se situent donc, à ses yeux, dans une nécessaire dépendance à l'égard de la science du droit. Sans cette dernière, ni le législateur ni le juge ne peuvent espérer mener véritablement leur tâche à bien. Pour autant, précise-t-il, ni le législateur ni le juge n'œuvrent, au sens strict, à la science juridique. En revanche, ils s'appuient sur elle, s'en servent de fondement pour leurs actions et leurs raisonnements : autrement dit leur tâche relève des « sciences morales et politiques » qu'il faut, d'après Carré de Malberg, distinguer de « la science pure et simple du droit ». Plus précisément, pour cet auteur positiviste, la science du droit consiste « à rechercher, à préciser, à définir, à interpréter pour en déduire les conséquences, les éléments constitutifs de l'ordre régulateur créé et garanti par des moyens de puissance publique »³⁴⁷. Conçue ainsi, elle ne peut se penser indépendamment des réglementations étatiques positives existantes, qu'elle cherche à développer, systématiser, et auxquelles, ce faisant, elle donne plus de cohérence, de portée, de poids. Ainsi elle demeure toujours dans l'orbe du droit existant et entend n'en jamais dépasser les bornes. Selon Carré de Malberg, la science du droit ne prétend absolument pas – et ne le doit pas – pouvoir donner aux juristes une connaissance des fondements et des principes sur lesquels repose le droit en général, ou sur lesquels il devrait reposer. Elle n'a pas à se prononcer sur leur valeur morale, politique ou religieuse. Ceci n'empêche bien sûr pas que certains juristes élèvent leur regard au-delà du strict

³⁴⁶ Raymond Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 197.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 197.

domaine de la science du droit, faisant porter leurs réflexions sur un au-delà du droit. Mais dans ce cas, leurs réflexions ne sont plus alors strictement juridiques, et sont plutôt philosophiques, morales, religieuses, politiques ou métaphysiques. À la différence de ces derniers, le juriste qui veut faire œuvre de science du droit doit se restreindre de manière beaucoup plus modeste à la seule sphère positive du droit. Et, ajoute Carré de Malberg, il n'a surtout pas à en rougir :

« on ne saurait nier que l'accomplissement de cette tâche propre à la science juridique ne soit utile, et même indispensable. Le juriste n'a donc pas à justifier sa science : elle se justifie elle-même par les besoins auxquels elle donne satisfaction. En outre, elle se suffit à elle-même, puisqu'elle n'a pas à chercher la solution des problèmes qui lui incombent au-delà des données fournies par le droit existant. » ³⁴⁸

La science du droit apparaît donc indispensable à l'exercice même de la pratique juridique. Afin de prolonger cette réflexion de Carré de Malberg, on pourrait également souligner le rôle pédagogique que peut jouer la science du droit. Bien mettre en œuvre le droit, c'est également l'avoir bien appris, et donc bien compris. C'est ce que souligne Éric Millard, en plaidant pour une place accrue donnée à cette discipline dans les études universitaires de droit. En effet, la science du droit, lorsqu'elle est enseignée, permet de sensibiliser ceux qui étudient le droit aux sources et aux conditions d'établissement de l'enseignement technique qu'ils reçoivent – donc d'adopter une position « méta ». Cela permet à ceux qui « font leur droit » d'entrer dans une compréhension plus profonde de la matière juridique et de se libérer un peu d'un apprentissage mécanique, où la technicité peut parfois l'emporter sur la réflexion. Elle permet également de prendre une perspective plus large sur les savoirs techniques reçus, de comprendre comment ils s'insèrent dans un ordre juridique plus vaste, de prendre conscience de leur historicité et d'éviter ainsi la myopie du spécialiste. Précisons néanmoins que le but recherché n'est pas de faire en sorte que la science du droit « se substitue à un enseignement technique du droit positif »³⁴⁹, mais qu'elle le consolide et le complète. Rangées sous le vocable de « théorie générale du droit », la science du droit et sa méthodologie ont donc un rôle éminent à jouer dans la formation des juristes, au titre de matières fondamentales, même si, dans les études universitaires françaises, leur place demeure souvent très – voire trop – mineure. Ajoutons enfin, qu'on peut attendre de la science du droit qu'elle permette au citoyen qui s'y intéresserait – qu'il soit juriste ou non – à la fois de mieux connaître les règles auxquelles il est soumis et auxquelles il participe, et de clarifier les jeux de pouvoirs normatifs dans lesquels il est pris, aiguisant ainsi son sens critique et politique.

L'idée d'une science du droit apparaît au XIX^e siècle, à l'heure où la conception positiviste de

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 197.

³⁴⁹ Éric Millard, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 34.

la science s'impose de plus en plus. L'idée comtienne selon laquelle il faut se centrer sur des phénomènes et des faits objectifs, et qui implique que seuls ceux-ci peuvent être connus, indépendamment de toute prétention à un savoir absolu et de toute considération axiologique, va être importée du côté du droit et donner naissance au *positivisme juridique*. De manière générale, parler de positivisme juridique implique (1) de concevoir le droit comme droit positif, (2) de s'inspirer d'une conception positive de la science, et (3) de s'opposer à une conception jusnaturaliste, impliquant l'existence d'un droit naturel, hiérarchiquement supérieur au droit positif.

Plus précisément, cela signifie qu'on entend par « droit » un ensemble de faits, principalement des normes, produit par des volontés humaines, en particulier par une volonté souveraine, la volonté de l'État, garantissant par un système de contraintes son effectivité dans le monde réel. Une telle définition exclut donc de prendre pour objet le droit naturel, le droit divin, ou plus généralement le droit idéal, voire en nie l'existence, au contraire des théories jusnaturalistes. Sur ce point, on peut tracer un parallèle qui nous semble pertinent entre d'une part la naissance du positivisme comme conception générale de la science, et d'autre part celle du positivisme juridique. En effet, de la même manière que chez Comte, l'état positif, seul véritablement scientifique, impose de rompre avec une recherche théologique puis métaphysique des causes finales ou premières des phénomènes, et de s'en tenir à de stricts faits, de la même manière, la science positive du droit se comprend comme une rupture avec les théories traditionnelles du droit naturel, qui faisaient de ce dernier le soubassement du droit positif existant. En effet, qu'on parle d'un droit fondé en dieu, la raison ou la nature, le principe théorique est le même : il s'agit de postuler que le droit positif tire – ou doit tirer – son existence d'un droit plus fondamental, qui en est la cause première, et qui lui donne sens. Il s'agit également de considérer que le droit positif ne peut exister par lui-même, et se fonde sur un autre droit, plus essentiel, et qui en constitue l'absolu. C'est cette idée de dépendance du droit positif par rapport au droit naturel, et de préséance du second sur le premier que le positivisme juridique abandonne, considérant soit (a) qu'il n'existe rien comme un droit naturel immuable et universel, soit (b) que, si un tel droit existe, il ne peut être l'objet d'une véritable recherche scientifique. Ainsi, c'est le critère d'effectivité du droit positif qui le rend éligible, aux yeux des positivistes, au rang d'objet de science.

Cette factualité du droit qui le rend objet de science est prise en charge selon une méthode empirique et descriptive, qui cherche non pas à produire ces faits juridiques, mais à fournir à leur sujet une connaissance. Ainsi, la science du droit prétend à une forme de neutralité axiologique à l'égard des faits normatifs – qui indiquent, quant à eux, des choix moraux, des préférences en termes de valeurs et de modes de vie – qu'elle se contente de décrire, de clarifier, d'analyser, et sur lesquels elle refuse de se prononcer de manière prescriptive. En conséquence, la connaissance produite n'est

en elle-même ni morale, ni pratique, puisque ces normes qu'elle cherche principalement à connaître, elle ne prétend pas les évaluer, et qu'elle évacue de son champ de réflexion des questions comme celle de la justice de ces normes, de la façon dont elles devraient être définies ou bien appliquées. Cela renvoie au concept wébérien de la *Wertfreiheit*, c'est-à-dire d'une distinction nette entre d'une part les faits et d'autre part les valeurs, la neutralité axiologique étant conçue comme l'une des caractéristiques fondamentales d'une démarche authentiquement scientifique.

Enfin, la science du droit, en ce qu'elle naît de la volonté de fournir, de manière autonome, un discours *juridique* sur le droit, entend maintenir une distinction ferme avec les autres disciplines scientifiques prenant elles aussi le droit pour objet, comme la philosophie, la sociologie, ou l'anthropologie du droit, pour ne citer que celles-ci. C'est pourquoi elle développe sur le droit une connaissance *interne*, s'attachant à expliquer le droit uniquement par la description de ses éléments spécifiquement juridiques – d'où un certain formalisme – sans avoir recours à des facteurs explicatifs *externes* (historiques, sociaux, ou psychologiques par exemple). Ce juridisme ne signifie pas qu'elle nie leur existence ou leur scientificité, mais simplement qu'elle considère qu'ils se situent en dehors de son champ. Ces différents points peuvent trouver leur illustration dans ce passage des *Réflexions* de Carré de Malberg :

« Tout ceci revient à dire que le juriste n'a point, pour sa part, à pourvoir à la *lex ferenda* : il opère seulement au service de la *lex lata*. Il ne lui appartient pas de refaire le monde juridique, mais seulement de constater comment ce monde est fait. Encore une fois, il n'a pas à s'en excuser. Bien au contraire, il a de fortes raisons de professer hautement que, comme juriste, il ne connaît, en fait de droit, que les raisons faisant partie ou dérivant de la législation existante. On ne peut que le louer d'une telle profession de principes : car, tout bien pesé, ce serait rabaisser les impératifs imposés à la raison ou à la conscience des hommes par des préceptes supérieurs, tels que ceux de la religion ou de la morale, oui, ce serait vraiment les rabaisser et leur faire injure, que de prétendre, soit quant à leur fondement, soit quant à leur nature et au degré de leur force obligatoire, établir une identité ou une affinité absolue entre l'idéal de justice auquel ils répondent et les possibilités essentiellement limitées de justice dans lesquelles demeurent renfermés les impératifs résultant des réglementations constitutives du droit dit positif. »³⁵⁰

Ainsi, Carré de Malberg s'accorderait à résumer les choses en disant que la naissance d'une véritable science du droit repose sur au moins quatre assertions fondamentales : (a) il est nécessaire de distinguer nettement entre les faits juridiques et les valeurs qui les sous-tendent ; (b) il est impossible de produire une connaissance de ces valeurs, mais possible de connaître des faits juridiques ; (c) ce non-cognitivism éthique nécessite alors de la part de la science du droit une approche entièrement descriptive et non prescriptive ; (d) cette approche ne sollicite que des facteurs explicatifs internes au

³⁵⁰ Raymond Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *op. cit.*, p. 198.

droit et s'en tient à un point de vue intra-juridique.

Chacun de ces points a été et est encore discuté. Un auteur comme Dworkin par exemple remet en cause la première assertion que nous venons de faire et considère qu'une connaissance des valeurs peut en un certain sens être possible, et qu'elle irrigue la compréhension que l'on peut avoir du travail du juge. Ceci le range sur ce point du côté des jusnaturalistes. Les travaux des réalistes, quant à eux, infirment la méthode décrite dans la quatrième assertion et donnent une place très importante aux facteurs externes au droit pour rendre compte des décisions judiciaires. Dès lors, si le plus souvent, ce que l'on appelle science du droit est d'inspiration positiviste, il faut bien voir qu'il n'existe pas *une seule et unique* science du droit, mais bien *des* sciences du droit concurrentes, parfois compossibles, s'inspirant, pour établir leur scientificité, d'autres sciences, sociales ou naturelles. Ajoutons enfin sur ce point qu'il n'existe pas, en ce qui concerne le droit, une seule forme de positivisme et de jusnaturalisme, mais bien *des* positivismes juridiques et *des* jusnaturalismes³⁵¹.

Les positionnements de principe concernant la science du droit orientent la manière dont les problèmes spécifiques que cette science rencontre sont résolus. Sans viser à l'exhaustivité, et sans entrer dans les débats spécifiques à certaines branches du droit, on peut dire que du point de vue de la théorie générale du droit, trois questions essentielles sont à l'origine des choix épistémologiques, méthodologiques, théoriques et idéologiques qui sont faits. La première concerne la définition et le mode de description de l'objet principal du droit, à savoir la norme, et engage la réflexion sur le statut ontologique – fait ou valeur ? – qui doit lui être accordé, ce qui interroge plus fondamentalement la conception de la science, moniste ou dualiste que l'on défend alors. La deuxième s'attache à définir le degré de rigueur scientifique que l'on peut exiger de la science du droit et donc son degré de proximité ou d'éloignement avec les modèles épistémologiques issus des sciences de la nature. La troisième enfin, porte sur la notion de causalité, sa définition, son rôle, et son utilité dans la science du droit. En effet, dans le vocabulaire juridique, en particulier lorsqu'il s'agit de fixer pour une

³⁵¹ Voir Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret avec la collaboration de Christophe Agostini, Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2008, en particulier, dans la première partie, le chapitre I « Sur le positivisme juridique » ainsi que le chapitre II « Jusnaturalisme et positivisme juridique ». C'est Bobbio, qui, sans nul doute, résume le mieux les différentes acceptions des notions de positivisme juridique et de jusnaturalisme. Ce dernier différencie trois manières d'être positiviste, et insiste sur l'utilité qu'il y a à les démêler, et à ne pas se méprendre sur la polysémie de ce terme, si on veut comprendre avec précision les auteurs qui s'en réclament, pouvoir en mener la critique, et donner du sens au fait que des thèses parfois incompatibles puissent être rangées sous le même chef positiviste. Il distingue également trois types de jusnaturalisme. Dans ces essais, Bobbio défend pour sa part un positivisme juridique imprégné de la philosophie analytique, qui entend le droit comme un ensemble d'énoncés à visée prescriptive, que la science du droit a à charge de décrire. On peut aussi se reporter à la troisième partie consacrée à ses « études kelseniennes », Kelsen représentant un certain positivisme juridique où la science du droit est pensée comme une science *normative*, ayant pour objet spécifique des normes, qu'elle se charge de décrire. On peut également consulter l'ouvrage de Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?* (1965), trad. Colette Clavreul, Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1996, qui défend, à la différence de Bobbio, que le positivisme juridique n'est pas nécessairement étranger à la question des valeurs, remettant en cause l'idéal de pureté axiologique souvent considéré comme l'un des axiomes fondamentaux de la conception positive de la science.

personne son degré responsabilité, il est fréquent d'utiliser le lexique de la cause. Car comment établir la responsabilité d'un préjudice porté sans avoir fourni la preuve que le préjudice a bien été *causé* par la personne à qui on attribue cette responsabilité ? Reste que, on le verra, ce que l'on peut entendre par « cause », qui renvoie à la question de la *causation*, en droit, d'un dommage ou d'une perte, est largement sujet à controverse.

Dans les trois points suivants, nous allons successivement examiner ces trois problèmes que la science du droit rencontre et montrer qu'ils rejouent de manière originale trois questions classiques en philosophie qui concernent (a) la définition de l'objet d'une science naissante, (b) l'adoption, l'adaptation ou l'abandon du modèle et de la méthodologie des sciences de la nature, et par conséquent, (c) le sort réservé à la notion de causalité. La matière spécifique de la discipline juridique offre de fait des angles de questionnement *sui generis* qui permettent de renouveler le regard porté sur les problèmes posés par la question de la naturalisation en sciences humaines.

II. L'objet « norme » en question

Si l'on est d'accord pour définir de manière très générale le droit comme un système de normes que la science du droit aurait pour tâche d'étudier, reste l'épineux problème de savoir ce que sont ces normes, comment les définir, les décrire, et les expliquer. Puisqu'elles énoncent des conduites à tenir, des comportements à avoir, et qu'on peut difficilement s'empêcher d'y lire le système de valeurs en vigueur dans un temps et dans un lieu donnés, peut-on considérer qu'elles constituent des faits comme les autres ? Sont-elles seulement l'expression de valeurs, ou sont-elles en elles-mêmes des valeurs ? Auquel cas, peut-on les connaître en tant que telles ? Ont-elles un statut ontologique particulier ?

Nous avons rapidement évoqué cette question, en montrant que le choix de la définition de la notion de norme commande, en grande partie, le fait de se rapporter à une conception plutôt jusnaturaliste ou positiviste de la science du droit, et permet, à l'intérieur du positivisme comme du jusnaturalisme, de distinguer des courants très différents. En effet, l'un des critères principaux permettant d'identifier qu'une théorie est d'inspiration positiviste, est celui de la séparation entre faits et valeurs, qui implique de considérer un système de normes comme un système de faits observables, à propos desquels on ne s'autorise pas à porter de jugement de valeur. Mais une interrogation demeure : quel genre de fait est donc la norme juridique ?

1. Identifier la norme juridique

Pour les positivistes empiristes, comme par exemple en France, Éric Millard ou Pierre Brunet à la suite de Michel Troper, ce qui constitue la factualité des normes c'est le fait qu'elles se phénoménalisent comme un système de propositions linguistiques et qu'elles sont énoncées par une autorité habilitée, qui dispose de moyens de coercition visant à les faire globalement respecter, de sorte que ces normes structurent et régulent effectivement les comportements et les conduites humaines. Ces normes ont donc une signification prescriptive, en ce qu'elles énoncent un devoir-être. Il ne s'agit pas pour le positiviste de considérer que ce devoir-être existe réellement, que les obligations, droits, permissions, autorisations, interdictions, etc., ont une existence réelle et de se prononcer en leur faveur ou en leur défaveur. Mais il s'agit plutôt de montrer qu'il est réel que ces normes soient énoncées par des autorités juridiques, et de se borner à les décrire. Car, comme le souligne de manière très directe Éric Millard :

« Les normes juridiques expriment évidemment des valeurs. Celui qui commande veut quelque chose. Prescrire, vouloir ce qui doit être, c'est dire sa conception de ce qui est juste, ou de ce qui est utile, ou de ce qui est nécessaire, etc. (la palette est infinie des qualificatifs dont nous nous servons pour faire apparaître objectives nos préférences) ; c'est faire un choix en faveur ou en défaveur de tel comportement. »³⁵²

Ainsi, si les normes ont une existence réelle, c'est en tant que *signification* d'énoncés juridiques – ce qui ouvre alors à une science analytique, qui se définit principalement comme une clarification du sens des énoncés juridiques, se fondant ultimement sur des faits empiriques, tangibles et observables. Les réalistes s'écartent pour partie de ce point de vue dans la mesure où il renvoie à une approche trop formaliste des normes et considèrent davantage les énoncés juridiques prescriptifs comme des objets de croyances des individus – telle loi est bonne, il est juste de suivre telle loi, ne pas suivre telle loi est nuisible – qui, en tant que tels, font partie des motifs et des préférences qui régulent leurs actions. Dans un cas comme dans l'autre, qu'on insiste davantage sur les croyances aux normes, ou sur l'examen linguistique des normes, être empiriste signifie que les connaissances issues de ces théories doivent être susceptibles d'une vérification empirique. Autrement dit, cela suppose qu'on puisse éprouver la vérité de ces connaissances en les confrontant aux faits, c'est-à-dire qu'on puisse pronostiquer que telle règle de droit sera suivie, ou appliquée de telle et telle manière, si les circonstances sont les mêmes, ou bien, dans le cas des théories réalistes, que telle cour de justice rendra telle décision. Ainsi, il est vrai de dire que telle norme existe si et si seulement si elle est bel

³⁵² Éric Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 22.

et bien mise en œuvre.

Toutefois, il n'est pas évident que les normes puissent être véritablement observées et faire l'objet d'une vérification empirique au sens strict. C'est ce que soulignent certains positivistes, comme par exemple Bobbio et avant lui Hart, qui considèrent que les normes ne peuvent pas forcément être rapportées à des faits issus du monde physique susceptible de vérification, c'est-à-dire des faits capables d'attester de l'existence de normes. Auquel cas, les normes juridiques auraient un mode d'existence spécifique, qui n'est pas factuel. Cela signifie que le fait que la science du droit soit empirique peut être entendu en deux sens très différents. Soit, comme le distingue É. Millard, on exige que les propositions de la science du droit soient vérifiables, et alors cela « implique que la théorie générale du droit conçoive la science du droit non pas simplement comme une science inspirée du modèle des sciences de la nature, mais comme une véritable science empirique »³⁵³, soit on accorde un sens limité à l'adjectif « empirique » et on pense que la science du droit est empirique au sens où elle décrit effectivement ce qui existe, sans que ces choses puissent être vérifiées en termes de corrélation à des faits existants.

La difficulté que nous rencontrons est donc de parvenir à identifier clairement ce qu'est une norme juridique. La plupart du temps, on reconnaît plutôt une norme au fait qu'elle a une incidence sur le comportement des individus (en l'empêchant ou le sollicitant, en le transformant ou l'orientant), autrement dit, qu'elle le régule. Mais ce critère ne suffit pas à identifier une norme. Prenons un exemple éclairant, que l'on peut trouver chez Bobbio³⁵⁴. Un homme se promène dans un jardin public, s'apprête à traverser une pelouse, lorsqu'il s'arrête devant un panneau d'interdiction de marcher sur les plates-bandes et les étendues de gazon, puis rebrousse chemin et contourne la pelouse pour arriver à l'endroit initialement voulu. Il semble bien que ce soit la prise de connaissance d'une norme qui ait conduit à une modification de son comportement. En revanche, si, lorsqu'il se met brusquement à pleuvoir, il sort son parapluie ou se précipite sous un toit, son comportement s'est bel et bien modifié, mais cette fois-ci, ce n'est pas sous l'influence d'une norme, mais suite au signal de s'abriter que représente la pluie pour tout homme en ayant eu l'expérience.

Il faut également distinguer un comportement relevant d'une habitude, d'un comportement régulier relevant d'une norme. Empruntons à nouveau un exemple à Bobbio : que l'on observe que les femmes aillent plus souvent à l'église que les hommes, ou qu'elles y aillent le chef couvert, tandis que les hommes, au contraire, ôtent leur couvre-chef, ne sont pas des faits identiques. Dans le premier cas, il s'agit d'une régularité qu'on observe, mais qui ne répond à aucune norme instituée du type « il

³⁵³ *Ibid.*, p. 28-29.

³⁵⁴ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 107.

faut que les femmes aillent davantage à l'église que les hommes ». Dans le second cas en revanche, le fait, selon le sexe auquel on appartient, de se couvrir ou de se découvrir les cheveux lorsqu'on entre dans une église, dépend d'une norme religieuse. Mais, pouvons-nous ajouter, il est également tout à fait possible qu'un homme se découvre, ou qu'une femme couvre ses cheveux en entrant dans une église qu'il souhaite visiter, non pas en répondant à une norme religieuse, mais simplement par imitation, parce que les personnes les précédant l'ont fait, ou bien parce que l'homme n'a plus besoin, dans une église, de se protéger du soleil, ou encore parce que la femme, se souvenant que dans les églises, il fait toujours frais, a prévu de se protéger de la fraîcheur.

Ainsi, s'il ne fait pas de doute que les normes sont bien des règles qui orientent, déterminent, sollicitent, empêchent ou modifient nos comportements, peut-on, *du seul point de vue de l'observation externe*, savoir qu'un comportement obéit effectivement à une norme et ne résulte pas simplement d'une habitude, ou d'une maxime tirée de l'expérience ? D'après Hart dans *Le concept de droit*³⁵⁵, le point de vue externe de l'observateur s'avère insuffisant. Il faut envisager un autre point de vue, qui prenne en compte ce qu'il appelle « l'aspect interne des règles »³⁵⁶, sous peine de confondre une habitude existant dans un groupe social et une véritable règle sociale. Cet aspect interne peut être décrit comme la conscience qu'un certain type de comportement est un modèle à suivre pour un groupe d'individus dans un contexte donné. L'exemple devenu classique que donne Hart est celui des règles d'un jeu. Dans le jeu d'échecs par exemple, il serait faux de décrire la manière que les joueurs ont d'avancer leurs pièces comme une habitude. Leurs coups sont le résultat d'une connaissance des propriétés de déplacement de chaque pièce, et font l'objet d'une réflexion sur la manière dont il faut, par exemple, déplacer un fou ou un cavalier. En outre, le fait qu'ils agissent sous l'égide de ces normes de jeu se manifeste dans les commentaires qui peuvent leur être adressés ainsi que dans ceux qu'ils peuvent eux-mêmes adresser à leur adversaire. « Tu n'aurais pas *dû* déplacer ainsi ta tour », « tu n'as *pas le droit* de roquer puisque ton roi est en échec », sont autant d'énoncés qui supposent et se réfèrent à une norme de jeu, sciemment suivie.

Hart, et ceci nous intéresse au plus haut point, relie cette distinction entre l'aspect interne et externe des règles de droit, à la distinction entre un point de vue interne et un point de vue externe sur le droit et la structure d'une société en général³⁵⁷. Face à un système normatif, que ce soit celui des règles de droit ou des règles sociales en général, on *peut* adopter deux points de vue différents. Seulement, suivant le point de vue retenu, la compréhension qui en est retirée et le type de description

³⁵⁵ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, deuxième édition, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, édition des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 75.

³⁵⁷ Voir à partir de la p. 108.

qui en résulte ne sont pas les mêmes. Lorsque l'on se place du point de vue *externe*, comme un observateur extérieur qui ne participe pas à la vie du groupe observé, deux voies sont alors envisageables. Une voie stricte, où l'observateur « ne tient nullement compte de la manière dont les membres du groupe, qui acceptent les règles, considèrent leur propre comportement régulier ». Dans cette optique, il décrit la vie des individus « en termes de régularités de comportement observables, de prédictions, de probabilités et de signes. »³⁵⁸. Une autre voie, plus modérée, peut être empruntée. Il s'agit, toujours d'un point de vue externe, de décrire et de se référer à la manière dont un groupe d'individus se rapportent à des règles, sans pour autant soi-même les accepter. Il s'agit, alors, d'opter pour un point de vue externe sur un point de vue interne. Ce point de vue interne, c'est alors celui de l'individu qui accepte les règles du groupe dans lequel il se situe et calque sa conduite sur elles. Ce point de vue interne, bien entendu, porte la marque d'une subjectivité, au sens d'un engagement en faveur des règles suivies et d'une volonté de les suivre ou de les appliquer.

La pratique du juriste, en ce sens, relève d'un tel point de vue : en appliquant les normes d'un système juridique, il est bien dans la situation de celui qui les accepte et les reconnaît comme globalement valides. Pour autant cela ne signifie pas qu'il ne puisse pas apporter son lot de connaissances. Pensons par exemple, dans le domaine du droit, à tous les écrits de la doctrine juridique, et, de manière peut-être encore plus saillante, pensons aux écrits de juges, au demeurant fort rares, qui s'attèlent à ce difficile exercice qu'est la description de leur propre travail, et cherchent à rendre compte de la nature de leurs raisonnements, tout à la fois de ce qui les fonde et de ce qu'ils visent. On pourrait ainsi ranger dans cette catégorie l'ouvrage intitulé *La nature de la décision judiciaire*, écrit par Benjamin N. Cardozo (1870-1938) lorsqu'il est juge à la Cour d'appel de l'État de New-York (la juridiction la plus importante de cet État), avant qu'il ne succède à O. W. Holmes à la Cour Suprême des États-Unis. Dès les premières lignes, Cardozo définit sa démarche comme une introspection, dont le fil rouge sera la question suivante : « Que fais-je lorsque je tranche un litige ? »³⁵⁹. Maintes fois réédité, ce texte est une mine de renseignements et d'indications sur le travail judiciaire.

Pour Hart, il apparaît peu pensable de se passer entièrement d'une référence au point de vue interne. Celui qui le ferait, écrit-il, ressemblerait à « l'individu qui, après avoir observé pendant un certain temps le fonctionnement d'un signal de circulation dans une rue à grand trafic, se contente de dire que, lorsque le feu devient rouge, il est fort probable que la circulation s'arrête »³⁶⁰. En traitant

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 109.

³⁵⁹ Benjamin N. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire* (1921), trad. Gwénaëlle Calvès, Paris, Dalloz, « Rivages du droit », 2011, p. 25.

³⁶⁰ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 109.

le feu rouge comme un signe naturel, au même titre que les nuages annoncent la pluie, il en manque une signification essentielle, c'est-à-dire qu'il est une véritable *raison* de s'arrêter. En adoptant un point de vue purement externe, on peut très bien décrire la façon dont les règles fonctionnent dans un groupe, mais on ne peut pas rendre compte de la manière dont ces mêmes règles fonctionnent dans la vie de ceux qui les suivent. La description fournie est très juste pour ceux qui n'acceptent pas ces règles et ne les suivent éventuellement que lorsqu'ils escomptent qu'une réaction hostile ou des conséquences désagréables pourraient résulter d'un comportement opposé. Mais, comme le dit Hart, pour la plupart des individus d'un groupe, suivre des règles signifie bien autre chose. C'est pourquoi il semble juste de conclure avec Hart que « l'une des difficultés auxquelles se heurte toute théorie du droit soucieuse de rendre justice à la complexité des faits, consiste à se souvenir de la présence de ces deux points de vue, et à ne pas considérer l'un d'eux comme inexistant »³⁶¹. Il est intéressant de noter que, dans la position défendue par Hart – lui-même un fervent défenseur du positivisme entendu comme mode d'approche du droit et sur certains points, comme théorie du droit – il ne s'agit pas de trancher pour une méthode d'observation en excluant une autre, mais plutôt de montrer ce que chacun de ces points de vue et de ces démarches scientifiques permet de mettre en lumière. Ceci peut nous conduire à formuler deux remarques.

Il peut être possible de lire dans cette affirmation de Hart une forme de désillusion quant à la possibilité pour une seule et unique théorie du droit, et pour la méthodologie qui l'accompagne, de pouvoir *tout* dire de son objet. La « complexité des faits » juridiques à laquelle le scientifique fait face, les multiples enjeux qu'ils revêtent, et partant, la diversité des questions qui sont à l'origine du processus qui vise à en établir la connaissance, plaident, quitte à ce que cela ne soit que provisoire, en faveur d'une pluralité d'approches. C'est l'idée qu'en l'état actuel de nos connaissances et de notre capacité de connaître, aucune théorie ne peut prétendre rendre compte à elle seule du phénomène juridique de manière totalisante, sauf à risquer de « passer sous silence toute une dimension »³⁶² du phénomène observé, en le considérant presque *in abstracto*, et en oubliant qu'il n'a de *sens* que pour des individus qui le vivent ou le prennent pour modèle de nombreuses actions de leur vie. Si on s'autorise une comparaison rapide, il s'agit ici de penser notre connaissance sur le monde non pas comme résultant d'un seul et unique regard totalisant, que seul un dieu surplombant pourrait porter, mais, comme Husserl peut le dire lorsqu'il parle de la construction intersubjective de « l'objectivité

³⁶¹ *Ibid.*, p. 110. C'est d'ailleurs sur la distinction entre ces deux points de vue que Hart assoit en partie sa critique de la définition de l'obligation en droit comme une simple prédiction d'effets favorables si l'obligation est honorée, ou défavorables si celle-ci ne l'est pas. Cela renvoie plus globalement à sa critique de la théorie de John Austin, développée notamment dans *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, concernant la définition du droit comme commandement, c'est-à-dire comme un ensemble d'ordres appuyés de menaces généralement obéis. C'est à cette critique du positivisme « impérativiste » que Hart consacre les trois premiers chapitres du *Concept de droit*.

³⁶² *Ibid.*, p. 109.

du monde » dans les *Idées directrices pour une phénoménologie*³⁶³, comme d'une mise en relation de multiples points de vue sur ce monde. Encore une fois, cela ne signifie pas qu'on ne puisse pas rêver à une connaissance de notre monde entièrement cohérente, où toutes nos théories et nos méthodes s'imbriqueraient de manière à construire une science une et parfaitement homogène. Cela ne signifie pas non plus qu'un éclectisme de méthodes soit souhaitable en soi, et que le pluralisme des méthodes et des savoirs n'entraîne ni difficultés ni inconvénients. Mais cela veut dire que, s'il faut entre deux maux choisir le moindre, il semblerait plus raisonnable d'opter pour des modes de connaissances multiples, voire disparates, mais qui « rendent justice » à la réalité juridique complexe à laquelle ils ont affaire, plutôt que de leur préférer un modèle unique, séduisant par sa systématisme et sa cohérence méthodologique et épistémologique, mais qui ne prend que partiellement en charge ce réel. En effet, peut-on s'estimer pleinement satisfait de la description du comportement de l'homme au feu rouge mentionnée par Hart, et qui n'est pas sans comporter une certaine dose d'ironie ? Avec une telle description, qu'on pourrait qualifier de behavioriste, on a, en un certain sens, rendu compte d'un comportement, mais a-t-on rendu compte d'un *homme* qui se comporte d'une certaine façon ? Nullement.

On peut formuler une seconde remarque. Cette distinction entre point de vue externe et point de vue interne sur les règles de droit et le droit en général peut rappeler sans peine, comme le soulignent François Ost et Michel van de Kerchove³⁶⁴, la distinction que nous avons retravaillée entre expliquer et comprendre, et entre les sciences de la nature et celles de l'esprit. Le point de vue absolument externe renverrait ainsi au modèle de l'explication pure et supposerait « une prise de distance à l'égard de la réalité, une “rupture épistémologique”³⁶⁵, permettant de construire une théorie, qui peut s'avérer très éloignée de ce que décrivent et perçoivent les acteurs qui y participent. Ainsi, dans le cas de la réalité juridique,

« ce point de vue consistera à rompre avec les valeurs et les représentations véhiculées par les acteurs mêmes du système juridique et à tenter de reconstruire entièrement l'objet “droit” à partir de concepts et d'hypothèses empruntés à d'autres disciplines, en vue d'intégrer les phénomènes juridiques dans des champs plus vastes. »³⁶⁶

Son extrême inverse renverrait au modèle herméneutique de la compréhension issu de Dilthey, repris et remodelé ensuite par des auteurs tels que Winch. Ce point de vue, on l'a vu, est celui adopté par un individu pris dans la réalité qu'il cherche à décrire. Il est aussi le point de vue de celui qui cherche à

³⁶³ Edmund Husserl, *Idées directrices pour une phénoménologie* (1913), trad. Paul Ricœur, Paris, Gallimard, « Tel », 1985.

³⁶⁴ François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, édition des Facultés universitaires Saint-Louis, 2010, p. 459 et suivantes.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 459.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 460.

comprendre le monde juridique en s'efforçant de comprendre les significations que revêt l'ensemble des institutions et des règles de droit pour les juristes ou simples citoyens. Selon Winch en effet,

« Les relations sociales d'un homme avec ses semblables sont imprégnées de ses idées touchant la réalité. En fait "imprégnées" est un qualificatif à peine assez fort : les relations sociales sont des expressions des idées touchant la réalité. »³⁶⁷

Il donne à ce titre un exemple éclairant. Celui qui voudrait rendre compte des relations caractéristiques qu'un moine entretient avec l'un de ses frères au sein de l'institution monacale, ne pourrait le faire de manière véritablement satisfaisante qu'en prenant en compte les idées et normes religieuses auxquelles se réfère ce moine dans la conduite de sa vie. Une description purement extérieure manquerait l'essence même de la vie monacale, qui se veut spirituelle. C'est pourquoi Winch défend l'idée qu'il est impossible de calquer les méthodes des sciences sociales sur celles des sciences de la nature, et qu'il ne faut surtout pas chercher à fonder sur elles notre compréhension des sociétés. Ainsi, pour reprendre un exemple de Winch, de la même manière qu'un psychanalyste ne pourrait entreprendre de conduire la thérapie d'un habitant des îles Trobriand et lui appliquer des concepts freudiens sans s'être renseigné auparavant sur la signification que la notion de paternité revêt pour son patient, de la même manière aussi, le théoricien du droit qui chercherait à appliquer à une société un système de concepts préétablis, sans se poser préalablement la question de savoir ce qu'est le droit pour cette société, passerait largement à côté de son objet. Ainsi, il est à la fois curieux et logique de lire ceci sous la plume de Llewellyn, à la fin de son ouvrage sur le droit Cheyenne :

« nous n'avons pas tenté ci-dessus de reproduire la pensée juridique des Cheyennes, nous n'avons pas non plus prétendu affubler les Cheyennes de concepts criminalistes modernes comme l'excuse absolutoire, la causalité "légale", et maintes autres subtilités. Nous avons en vérité tenté de relever les *éléments significatifs de la culture*, avec les orientations et les contenus qui dans une décision s'avèrent possiblement porteurs d'une cohérence claire, active, vivante, et éminemment prévisible – une cohérence dont transpirent les façons Cheyennes de se saisir concrètement d'un vaste ensemble de cas lourds et épineux. »³⁶⁸

Il peut paraître curieux, pour un théoricien du droit apôtre de la prédiction, et qui veut trouver dans les sciences naturelles et sociales le modèle théorique qui convient à la science de l'adjudication, de décrire sa démarche en termes de recherche de « significations culturelles ». Mais quoi de plus logique, pour un réaliste défendant la thèse selon laquelle les prises de décisions judiciaires ne peuvent seulement être expliquées par des raisons juridiques et nécessitent d'avoir recours à des facteurs socio-psychologiques, que de rechercher des éléments culturels *significatifs*, autrement dit

³⁶⁷ Peter Winch, *L'idée d'une science sociale et sa relation à la philosophie*, op. cit., p. 76.

³⁶⁸ K.N. Llewellyn et E. Adamson Hoebel, *La voie Cheyenne, Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit* (1941), trad. Louis Assier-Andrieu, Paris, Bruylant & L.G.D.J., 1999, p. 302 (nous soulignons).

les raisons culturelles que telle instance juridique Cheyenne a d'agir comme elle le fait ? Comme nous avons essayé de le montrer, même si le contexte historique et idéologique dans lequel se situaient les réalistes américains a semblé les pousser comme malgré eux vers les sciences de la nature, cette attractivité naturelle ne s'est pas avérée toujours fructueuse, et on peut leur trouver des « affinités électives »³⁶⁹ avec de toutes autres méthodes, largement aussi capables de satisfaire au cahier des charges réaliste.

Pour conclure sur cette distinction entre le point de vue interne et externe issue de Hart, on peut souligner que chacun de ces points de vue, dans sa version la plus radicale, prône un monisme méthodologique. Au contraire, un point de vue externe *modéré*, comme celui préconisé par Hart, entend penser une *articulation* entre l'aspect interne et externe des règles et des jugements juridiques, et le point de vue interne et externe sur le monde du droit en général, engageant alors au moins un dualisme, voire un pluralisme de méthodes. On voit donc ici à quel point la manière de penser l'objet « norme », et d'insister, ou non, sur le rapport de l'individu à la norme, conduit à l'adoption de méthodes, et partant, de conceptions de la science du droit radicalement différentes.

2. La science du droit, une science normative ?

Pour terminer notre examen du débat autour de la notion centrale de norme dans l'élaboration d'une science du droit, il nous faut nous attarder sur la tentative de Kelsen, particulière et radicale, de défendre pour la science du droit un statut épistémologique à part dans l'économie des sciences. Ni sociale, ni naturelle, la science du droit a pour singularité d'être *normative*, en raison même de son objet : les normes. Il ne s'agit pas là d'exposer le système normativiste kelsénien dans sa généralité, mais d'attirer l'attention sur deux points en particulier : a) le fait qu'il estime nécessaire de créer un nouveau type de sciences, et b) que cela ait pour conséquence l'abandon du régime de la causalité.

Kelsen (1881-1973) appartient sans conteste au courant positiviste, mais, comme le dit sans détour Carlos Miguel Herrera, « le positivisme kelsénien n'est pas un empirisme. En tous cas, pas un empirisme qui consisterait à décrire des faits »³⁷⁰. La raison est simple : le droit n'est pas pour Kelsen un ensemble de faits mais un système de normes. La science du droit a donc en charge de décrire ces

³⁶⁹ Goethe, *Les affinités électives*, 1809.

³⁷⁰ Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Saint-Nicolas (Québec), Presses de l'Université de Laval, « Dikè », 2004, p. 14.

normes qui deviennent son objet central de connaissance³⁷¹. Celles-ci, d'un point de vue empirique, se phénoménalisent sous la forme d'un acte de volonté, exprimé par un individu, et portant sur la conduite d'autrui. D'un point de vue idéal, elles ont la forme d'une signification objective, et s'expriment sur le mode du devoir-être (*sollen*), c'est-à-dire qu'elles expriment qu'une conduite doit avoir lieu – que cette conduite ait ou non effectivement lieu, si on se place du point de vue du mode de l'être (*sein*). Ainsi, elles ne sont pas à proprement parler des faits, et si elles existent bel et bien réellement, c'est en tant que significations de certains faits. En outre, en tant qu'elles prescrivent un devoir-être, elles forment des valeurs³⁷². Si l'on peut sans trop de difficulté établir quelles sont les normes en vigueur dans un système de droit existant, celles-ci ne sont pas pour autant observables directement et donc vérifiables empiriquement. Kelsen défend donc un non-cognitivism éthique strict. Cela signifie en d'autres termes que la science du droit telle qu'il la définit doit se contenter de *décrire* les normes qui sont signifiées par les actes considérés comme valides par un système de droit existant³⁷³.

Pour Kelsen, la science du droit décrit donc des normes, des propositions prescriptives, sans être elle-même prescriptive. On a ainsi l'habitude, pour distinguer chez Kelsen d'une part le droit, comme ensemble de propositions normatives prescriptives, et d'autre part la science du droit, comme ensemble de propositions normatives descriptives, de parler respectivement d'un *sollen* prescriptif et d'un *sollen* descriptif. Cette distinction se relie à une autre distinction logique, celle entre le domaine du *sollen* d'une part, et du *sein* d'autre part. Elle réside « dans l'impossibilité de passer, au moyen d'une déduction logique, du domaine de l'un à celui de l'autre » et constitue une thèse centrale de la théorie pure du droit qui, par suite, se comprend « comme une théorie de ce qui doit être du point de vue du droit positif et non de ce qui est naturellement »³⁷⁴. La matière de la science du droit, n'est donc la réalité naturelle, mais les normes. Ce dualisme du *sein* et du *sollen* coïncide donc « avec le

³⁷¹ Sur la question des normes, de leur statut et de leur définition, comme sur d'autres questions d'ailleurs, Kelsen a pu notablement faire évoluer son point de vue, si bien que ses commentateurs n'hésitent pas à parler de son œuvre comme d'un « *work in progress* » (C.M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, op. cit., p. 1). Par souci de synthèse et parce qu'ici l'objet n'est pas de décrire les évolutions de la pensée kelsénienne, nous décrivons ici et citons, autant que possible, le « second Kelsen », que l'on lit notamment dans l'article « Qu'est-ce que la théorie du droit ? » (1953), dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* (1960), et dans la *Théorie générale des normes* (1979).

³⁷² Hans Kelsen, *Théorie générale des normes* (1979), trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 1996, p. 75.

³⁷³ En effet, il n'aura de cesse de souligner que la science du droit n'a pas pour rôle de se prononcer sur la bonté, la justesse ou la justice des normes qu'elle décrit, ni de prescrire certaines normes plutôt que d'autres, ou encore de définir ce que devrait être le droit. C'est pourquoi il n'hésite pas à relier sa théorie de la science du droit à un relativisme moral – ce qui n'est pas sans lui avoir valu de nombreuses critiques, surtout dans le contexte de l'après seconde guerre mondiale. Dans son article « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), il s'en explique longuement et avec force, défendant âprement la nécessité de distinguer le domaine de la pensée de celui du pouvoir. Voir Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), trad. Philippe Coppens, in *Droit et Société*, 1/1992, vol. 22, p. 551-568. Voir en particulier sur ce point les développements qui commencent à partir de la p. 559, jusqu'à la fin de l'article.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 554.

dualisme de la *réalité* et de la *valeur* »³⁷⁵ : de la même manière que je ne peux inférer d'un devoir-être, un être, et réciproquement, je ne peux inférer d'une valeur une réalité, et réciproquement.

Ce dualisme entre le domaine du *sein* et du *sollen*, dont Kelsen affirme qu'il est originaire et qu'il constitue une « "catégorie première" au même titre que l'être »³⁷⁶, le fonde à définir pour la science du droit un statut à part. Le but de Kelsen n'est pas de fournir une thèse d'épistémologie générale sur la manière de catégoriser l'ensemble des sciences existantes, mais de positionner la science du droit en particulier par rapport à une science naissante et concurrente, la sociologie du droit. Bobbio fait de ce geste une analyse qui nous intéresse directement en soulignant que « pour Kelsen, la distinction entre les deux types de sciences ne passe pas par la distinction du causal et du téléologique, mais par celle entre le causal et le téléologique d'un côté, sur le plan des faits, et du normatif de l'autre, sur le plan du devoir-être »³⁷⁷. C'est dire que la matière qu'est le droit questionne sur le type de science et de méthode qui lui convient.

En distinguant ainsi la science du droit de toutes les autres sciences, nous rappelle Bobbio, Kelsen s'inscrit dans la tradition du juriste autrichien Georg Jellinek (1851-1911) qui, dans son *Allgemeine Staatslehre*³⁷⁸ paru en 1900, propose une typologie des sciences fondée sur la répartition entre science des causes et science des normes. Les sciences de la première catégorie cherchent à développer une connaissance causale des lois naturelles, exprimant ce qui est, tandis que les secondes élaborent une connaissance des normes de conduite, c'est-à-dire des règles exprimant ce qui doit être. Cette typologie avait entre autres pour but de proposer un règlement du conflit qui sévissait déjà entre sociologie du droit et science du droit, en proposant une scission de la théorie de l'État en deux parties : d'un côté ce que Jellinek a appelé la théorie sociologique de l'État, pensée comme relevant d'une science causale et réservée à la sociologie du droit ; de l'autre la théorie juridique de l'État, entendue comme science normative mise en œuvre selon un point de vue purement juridique.

Bobbio voit également dans le choix d'une forme de science du droit singulière chez Kelsen l'influence de Weber. Kelsen s'inspire en effet de la distinction que Weber établit, dans la seconde partie d'*Économie et société*, entre le point de vue juridique et le point de vue sociologique. Le point de vue juridique est celui de la science du droit qui réfléchit, sur le plan du devoir-être, à la validité idéale des normes. Le juriste est ainsi celui qui « se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, et qui questionne « le *sens normatif* qu'il faut *attribuer logiquement* à une certaine

³⁷⁵ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 75.

³⁷⁶ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 3.

³⁷⁷ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, op. cit., chapitre V, « Max Weber et Hans Kelsen », p. 259.

³⁷⁸ Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'État*, trad. Georges Fardis et préface de Olivier Jouanjan, Paris, Panthéon Assas, « Les introuvables », 2005.

construction de langage donnée comme norme du droit »³⁷⁹. Plus spécifiquement encore,

« le juriste cherche quels sont les états de fait auxquels s'applique le droit, et de quelle manière il s'applique. Ce faisant, il procède de manière à pouvoir donner de ces diverses dispositions juridiques, en partant de la signification reconnue qu'elles ont acquise dans l'application et en se conformant à leur signification logique, une interprétation telle qu'elles puissent être amalgamées en un système logiquement cohérent. Ce système est l'"ordre juridique", dans le sens juridique du mot. »³⁸⁰

De manière contrastée, le point de vue de la sociologie du droit porte sur des faits d'observation, sur les effets constatables du droit sur les comportements humains, et donc sur leur validité empirique, de sorte que le sociologue se questionne sur « ce qu'il en *advient en fait* dans la communauté »³⁸¹.

Ces deux points de vue construisent deux objets d'étude bien différents, et renvoient à deux types de sciences indépendantes l'une de l'autre. L'« "ordre juridique" idéal de la théorie du droit » d'une part, et d'autre part « le "cosmos" de l'activité économique réelle » n'ont rien en commun. Ils se situent sur deux plans distincts : celui de « la norme idéalement applicable » et celui de « l'évènement réel »³⁸². Toutefois, ces deux plans peuvent bien entendu entretenir un rapport étroit lorsque l'on réfléchit du point de vue de l'action humaine, autrement dit de l'ordre juridique empiriquement vécu. Les normes idéales, telles que dégagées par le point de vue juridique, peuvent devenir le *motif* des actions humaines. C'est d'ailleurs ce qui fait qu'un ordre juridique peut entrer en vigueur, être effectif, et perdurer dans le temps. C'est parce qu'une communauté d'individus oriente son comportement en fonction de ces normes idéales – que ces individus les observent strictement, les contournent, ou les transgressent – qu'un certain ordre juridique, qu'un droit spécifique apparaît comme objectivement valide. Le sociologue s'intéresse alors à la représentation que les individus se font de ces normes, au sens subjectif qu'ils leurs attribuent, et cherche à décrire ce sens et ces représentations à partir de l'observation de l'activité réelle de ces mêmes individus. Mais dans ce cas, le concept d'ordre juridique ainsi employé par le sociologue ne revêt absolument pas le sens que lui donne le juriste. Cette expression, indique Weber, « ne signifie plus un cosmos de normes dont la logique peut établir la "justesse", mais un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme »³⁸³.

Kelsen souscrit pleinement à cette distinction, mais s'écarte néanmoins de Weber sur un point

³⁷⁹ Max Weber, *Économie et société*, 2. *L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, trad. Julien Freund, Pierre Kamnitzer, Pierre Bertrand, Éric de Dampierre, Jean Maillard et Jacques Chavy, dir. Jacques Chavy et Éric de Dampierre, Paris, Plon, « Pocket », 1995, p. 11.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 12.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

³⁸² *Ibid.*, p. 12.

³⁸³ *Ibid.*

crucial. Là où Weber distingue le point de vue sociologique et le point de vue juridique et en fait l'origine de deux objets d'études qui peuvent être connus indépendamment l'un de l'autre, Kelsen affirme une primauté de la science du droit sur la sociologie du droit, et s'oppose nettement aux sociologues qui entendent pouvoir se passer de la science du droit. Il argue au contraire du fait que la sociologie du droit *dépend* de la science du droit pour isoler dans le monde ce qu'elle appelle un comportement juridique. En effet, s'interroge Kelsen dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, comment la sociologie du droit pourrait-elle mener sa recherche sur le droit sans disposer au préalable d'un concept de droit... qui lui est nécessairement fourni par la science normative du droit ?

Toutefois, cette distinction que Kelsen établit n'est pas à comprendre comme un mépris pour les approches du droit autres que celle de la science normative du droit. Il ne milite pas pour une hégémonie de la théorie normative du droit sur toute autre théorie. Parler de dépendance de la sociologie du droit par rapport à la science normative du droit, c'est aussi parler de points de jonction entre ces deux théories. Distinguer la science du droit de la sociologie du droit, comme le fait Kelsen, et comme le fait aussi Weber, ne signifie pas, bien au contraire, qu'on ne puisse pas penser des liens entre elles, des points de passages, et quelque chose comme de l'interdisciplinarité. Mais cela signifie en revanche que lorsque l'on passe de l'une à l'autre, on ne se situe pas dans le même ordre logique, et que les méthodes ne sont pas les mêmes. C'est bien ce que nous rappelle Weber en insistant sur cette idée que lorsque l'on parle d'ordre juridique côté juriste et lorsque l'on parle d'ordre juridique côté sociologue, au fond, on ne parle pas de la même chose, et que cette expression n'a absolument pas le même sens – quand bien même on peut comprendre les raisons qui nous poussent à employer une expression identique dans les deux cas³⁸⁴.

Pour différencier ces deux types de sciences, Kelsen prend grand soin de distinguer d'un côté la logique causale et/ou téléologique qui est celle des sciences comme la sociologie du droit, et la *logique de l'imputation* qui est celle de la science normative. C'est le second point qui nous intéresse particulièrement chez Kelsen pour notre travail. On en trouve une formulation limpide dans sa *Théorie des normes* :

« Dans la connexion entre condition et sanction (comme conséquence) établie par une norme générale de morale ou de droit, et décrite par l'éthique et la science du droit dans des lois juridiques et morales, nous rencontrons un principe certes différent du principe de causalité qui s'exprime dans les lois de nature formulées par les sciences de la nature, mais qui lui est cependant analogue. J'ai proposé de l'appeler principe d'*imputation*. »³⁸⁵

³⁸⁴ Sur la nécessité de ne pas « dramatiser » les oppositions entre approches sociales et juridiques du droit, sur les rapports entre Weber et Kelsen, ainsi que sur les points de passage existants et à construire entre sociologie du droit et science du droit, on peut lire l'article éclairant de Jacques Caillosse, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », in *Droit et société*, vol. 77, 1/2011, p. 187-206.

³⁸⁵ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 31.

Ce principe logique est analogue à celui de causalité dans la mesure où il a pour rôle, comme lui, d'établir un « rapport fonctionnel » entre une condition et sa conséquence. Mais il n'est pas identique. Par exemple dit Kelsen, on ne peut pas dire que le lien logique qui unit les deux parties de la proposition selon laquelle quand un acte transgresse le droit, alors il doit être sanctionné, soit le même que celui qui unit les éléments de la proposition selon laquelle la chaleur a pour effet la dilatation d'un métal. On peut parler de la chaleur comme de la cause de la dilatation, mais pas de la transgression comme de la cause de la sanction³⁸⁶. C'est pourquoi Kelsen affirme que deux différences majeures entre le rapport cause-effet et le rapport comportement-sanction doivent être relevées. La première est que la relation d'imputation résulte d'un « acte de volonté, dont une norme est la signification, tandis que la causalité [...] est indépendante d'une telle intervention »³⁸⁷. La seconde différence tient au fait qu'on peut considérer que la chaîne causale est infinie : le principe de causalité étant que toute cause concrète est l'effet d'une autre cause, aucune limite n'est donnée tant du côté des antécédents que du côté des conséquents. À l'opposé, mettre un point final au rapport entre une condition et sa conséquence est la marque même du principe d'imputation, de sorte que « quand nous disons qu'une certaine conséquence est imputée à une certaine condition (comme la récompense à un mérite ou la punition à un crime), alors la condition (c'est-à-dire le comportement humain, qui forme l'acte méritoire ou le crime) est le point final de l'imputation. »³⁸⁸

Pour terminer sur l'entreprise kelsénienne, il nous faut relever un dernier élément qui intéresse notre réflexion. Dans « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », Kelsen souligne qu'initialement, ce n'est pas la causalité qui était considérée comme le « ciment de l'univers », mais bien l'imputation³⁸⁹. Comme l'a montré Comte avec sa « loi des trois états », il a fallu en effet de nombreux siècles avant que l'esprit humain puisse s'échapper d'une représentation religieuse et métaphysique de l'univers, attribuant ce dernier et ses divers phénomènes à une intention première surnaturelle et le plus souvent divine. Kelsen va plus loin en affirmant que « le principe de causalité, selon toute vraisemblance, tire son origine de l'idée de rétribution » et que les comportements sociaux des hommes, au même titre que les phénomènes observables étaient pensés indifféremment comme le fruit d'une volonté supérieure. Désormais,

« la différence essentielle entre le principe de causalité et le principe d'imputation normative réside en ceci que la relation des événements, dans le cas de la causalité, est

³⁸⁶ Cet exemple est donné par Kelsen dans « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *art. cit.*, p. 552-553.

³⁸⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 31-32.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *art. cit.*, voir en particulier p. 553 et suivantes.

indépendante d'un acte humain ou d'une volonté surhumaine tandis que le lien, dans les cas d'imputation, est issu d'un acte de volonté humaine dont le sens est une norme. »³⁹⁰

Le principe de causalité et les lois naturelles sont donc aux sciences causales ce que le principe d'imputation et les propositions normatives sont à la science du droit et aux autres sciences normatives. Ce dualisme logique, entre le principe de causalité et celui d'imputation, est au *fondement*, selon Kelsen, du « dualisme des sciences causales de la nature (telles que la physique, la chimie, la biologie, la psychologie) et des sciences normatives de la société (telles que l'éthique et la science du droit »³⁹¹, et n'est finalement qu'une des expressions possibles de ce dualisme originaire qui existe entre le mode de l'être et celui du devoir-être.

À travers ce cheminement dans les théories kelséniennes, nous avons pu voir que le geste radical de Kelsen, qui consiste à faire des normes des objets d'études absolument singuliers, requérant une méthode et une logique propres, celles de la science normative, amène ce dernier à prendre position dans deux autres débats centraux de la science du droit : celui de savoir quel rapport la science du droit entretient et doit entretenir avec les autres sciences, et celui de savoir quelle place réserver aux notions de cause et de causalité. Ce sont ces deux débats que nous allons successivement approfondir.

III. La question de l'autonomie de la science du droit

La naissance de la science du droit pose d'emblée la question épistémologique de savoir quelle place elle occupe ou doit occuper au sein du champ scientifique. Les discussions et les divergences se cristallisent autour, principalement, de deux problèmes. Le premier, que nous venons d'examiner dans le point précédent, concerne la définition et la spécificité de l'objet du droit – les normes. Ce premier problème en engage forcément un second, celui de savoir si la science du droit peut emprunter aux sciences existantes, en particulier naturelles, les méthodes qu'elles ont déjà bien développées, ou bien si la spécificité de l'objet normatif entraîne une telle inflexion du modèle issu des sciences causales, qu'on abandonne forcément la possibilité d'une vérification empirique des normes que la science du droit décrit, voire, qu'il devient nécessaire de construire un autre type de modèle scientifique – comme le préconise Kelsen par exemple, en défendant pour la science du droit le statut

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 553.

³⁹¹ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 32.

singulier de science normative. Ce second problème amène donc à se poser la question de la scientificité de la science du droit, et de la nécessité, pour prouver sa rigueur, son sérieux et son utilité, de souscrire au modèle dûment éprouvé des sciences de la nature.

Concernant cette seconde interrogation, trois grandes options sont possibles. On peut en effet affirmer que la science du droit, si elle existe : (a) est à ranger du côté des sciences humaines et sociales, mais que ces dernières ne se distinguent pas, dans leurs méthodes, des sciences de la nature, bien qu'elles soient en cours d'élaboration et que leurs méthodes soient loin d'être aussi aguerries que celles de leurs sœurs aînées. C'est le cas par exemple, de la position tenue par le courant réaliste américain. On peut, de manière différente, considérer que la science du droit (b) fait bien partie des sciences humaines et sociales, à condition d'entendre par ces sciences un domaine autonome par rapport aux sciences de la nature. Enfin, on peut encore soutenir, de manière très kelsénienne, que la science du droit (c) n'est à ranger ni du côté des sciences humaines et sociales, ni du côté des sciences naturelles, mais répond à un modèle de science absolument spécifique, les sciences normatives, en vertu du fait qu'elle traite un objet spécifique – les normes – ayant une existence propre, bien que non factuelle. Suivant l'option retenue, comme nous l'avons montré précédemment, ce n'est pas le même *explanandum* qui est pris comme objet à connaître, ni le même questionnement qui initie la démarche scientifique, et par conséquent, la connaissance produite à son endroit n'est pas identique et ne répond pas aux mêmes critères de scientificité.

Notons par ailleurs que dans l'hypothèse (a) comme dans l'hypothèse (b), qu'on affilie la science du droit à une méthode explicative causale ou plutôt qu'on la pense selon les modèles des sciences de l'esprit et des méthodes téléologique et intentionnaliste, pour autant, cela ne règle pas la question de savoir si on peut, ou non, distinguer une science du droit proprement juridique, ayant ses méthodes et son objet propres, d'une sociologie du droit par exemple, ou encore d'une anthropologie, d'une philosophie ou d'une science politique du droit. C'est un débat qui oppose : d'un côté les tenants d'une théorie générale du droit conçue comme une science spécifique aux juristes, dont l'existence n'invalide pas pour autant d'autres démarches scientifiques prenant le droit pour objet (comme l'histoire du droit, l'analyse économique du droit, la sociologie du droit, l'anthropologie du droit, la science politique ou la psychologie) ; de l'autre ceux qui estiment que le droit est un objet des sciences sociales comme un autre, ne nécessitant pas une approche particulière. On peut illustrer cette dernière position par le mouvement des *Critical Legal Studies*³⁹², qui, à partir des années 1960-1970, affirme que le phénomène juridique a un sens et une origine avant tout politique, et refuse la

³⁹² Pour une présentation du contexte de naissance des *CLS*, on peut lire notamment l'article de Thomas Hilbink, « Radicalisme, pratique juridique et doctrine dans les années 1960 aux Etats-Unis », in *Droit et cultures*, vol. 56, 2/2009, p. 197-221.

possibilité même d'une science du droit. Pour les *Critical Legal Studies*, parler d'une science du droit ne serait qu'une mystification destinée à dissimuler l'idéologie sous le masque de la science, car les phénomènes juridiques ne seraient pas le produit de décisions scientifiques, mais de décisions liées à des choix en faveur de certaines valeurs et de certains intérêts, que seule une science politique critique pourrait percer à jour. Ceci conduit alors le domaine des sciences politiques à absorber purement et simplement celui des sciences juridiques.

Dès ses premiers balbutiements, la science du droit est confrontée à ces différentes interrogations. Les réponses qu'elle y apporte montrent qu'elle oscille entre son besoin d'affirmer – surtout au moment où elle naît – sa radicale spécificité et son indépendance, en même temps que sa tendance, historiquement ancrée, à aller emprunter chez des sciences voisines des modèles, des concepts et des méthodes dont la fiabilité, l'exactitude, la rigueur et le sérieux ne font plus l'objet d'aucun doute. Ainsi, dans le domaine de la théorie du droit comme dans celui des autres sciences humaines et sociales naissantes, on retrouve des effets de balancier que l'on peut éclairer à la lumière de ceux que décrit von Wright, dans *Explanation and Understanding*. Ces balancements résultent pour une part de l'influence exercée par l'alternance entre les phases d'hégémonie positiviste et celles de critique anti-positiviste virulente. Ils résultent pour une autre part de la volonté parfois contradictoire, pour ces disciplines naissantes, de circonscrire leur domaine, leur méthode et leur objet pour se différencier d'avec leurs rivales, tout en s'inspirant de procédures scientifiques ayant d'ores et déjà fait leurs preuves. On en trouve une démonstration dans un récent ouvrage de Véronique Champeil-Desplats intitulé *Méthodologies du droit et des sciences du droit*³⁹³. Cette dernière se place dans une perspective historique pour rendre compte des débats méthodologiques qui ont agité les juristes, en particulier au tournant du XIX^e siècle où l'idée de faire place à une science du droit autonome se fait de plus en plus impérieuse, et insiste sur l'attraction que les modèles de science déjà constitués ont exercé sur les juristes, qui tentaient alors de conquérir leur autonomie. Elle montre ainsi que,

« pour instituer leur savoir au rang des sciences, les juristes ont d'abord pris modèle sur celles qui étaient déjà instituées à leur époque, tout particulièrement la logique, les sciences exactes, physiques, et de la nature. Les excès de formalisme auquel a pu conduire ce premier mouvement ont provoqué une réaction qui a alors porté une partie des juristes, de façon plus ou moins radicale, à se tourner vers les sciences sociales »³⁹⁴.

Le courant des réalistes américains n'échappe pas à cette lecture, puisque c'est bien à la fois comme une réaction au formalisme ambiant de leur époque, comme une adhésion au *credo* de la science

³⁹³ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op.cit.* Voir en particulier, sur ce point, la première partie.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 39.

positive, et comme le résultat d'une certaine fascination pour les sciences sociales naissantes, en particulier la sociologie et la psychologie, que l'on peut contextualiser son apparition dans l'histoire de la théorie du droit.

L'attraction que les méthodes des sciences de la nature et des sciences sociales ont exercé sur les juristes peut s'expliquer en partie par le rapport qu'ont entretenu les juristes, pendant plusieurs siècles, avec les autres savoirs. En effet, les juristes ont eu longtemps l'habitude de s'approprier, non sans les ajuster, les méthodes issues d'autres disciplines, et, au gré de la réussite de certains modèles (issus des mathématiques, de la biologie, etc.), de les importer pour les adapter à leur matière. Jusqu'au XIX^e siècle environ, le savant, quel que soit son domaine de prédilection, développe un savoir qu'on pourrait qualifier d'encyclopédique. La figure du savant spécialiste, voire expert dans un domaine restreint de connaissances n'est pas encore apparue. Ainsi les juristes, comme les autres savants de leur temps, développent leur savoir dans de nombreuses branches, autres que spécifiquement juridiques : ils sont aussi souvent grammairiens, théologiens, philosophes, logiciens ou encore mathématiciens. Le réflexe le plus courant des juristes, observe-t-on, est alors d'appliquer des méthodes identiques dans les différents savoirs qu'ils développent, ce qui a pour conséquence de créer une forme d'homogénéité de méthode. Comme le souligne V. Champeil-Desplats :

« Les mathématiques, la logique, d'une part, la grammaire ou la philologie, d'autre part, ont pu être considérées comme des modèles de connaissance et de raisonnement rigoureux propices à ériger le savoir juridique en science. À cet égard, pendant longtemps, les savoirs juridiques se sont surtout développés en suivant des modèles méthodologiques que l'on qualifiera de formalistes au sens où ils tendent à réduire la complexité des données juridiques à des formules, des raisonnements, des catégories simplifiées. »³⁹⁵

En France, c'est notamment ce que l'on a appelé l'école de l'Exégèse qui incarne le mieux ce formalisme, ce terme d'« école » désignant le recours à des méthodes communes pour étudier et mettre en œuvre le *Code Civil*. La méthode exégétique peut se définir par un attachement quasi exclusif aux textes de loi, qu'on se risque à interpréter seulement en cas d'ambiguïté. De cette étude des textes juridiques et de leur interprétation la plus scrupuleuse possible, on tire alors des syllogismes types, destinés à faciliter et préciser le plus possible l'application de la loi. De ces syllogismes, et de cette fréquentation des textes de lois, on essaie également de dégager des principes généraux, dans une visée synthétique. C'est en Allemagne que cette visée synthétique est portée à son comble, dans le projet de l'école historique allemande, qui cherche, au-delà d'un simple formalisme logico-déductif, interne à un code civil en particulier, à systématiser la diversité des codes nationaux en les rapportant à des principes juridiques logiques qui les structurent et les unifient. On trouve cette

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 35.

tentative chez un auteur tel que Friedrich Karl von Savigny, fondateur du mouvement des Pandectistes. Ce formalisme européen trouve un pendant outre-Atlantique, dans la *case method* de Langdell, que nous avons déjà évoquée comme l'un des points sur lesquels la critique anti-formaliste des réalistes américains se focalise³⁹⁶.

Il faut attendre la fin du XIX^e siècle pour que se dessine, en Europe et outre-Atlantique, un important mouvement de pensée anti-formaliste, et que l'on assiste à un mouvement d'autonomisation du droit comme discipline et de spécialisation de ce dernier en diverses branches (droit public, privé, administratif, etc.) qui vont, pour chacune, développer des méthodes propres, brisant l'homogénéité qui avait cours jusqu'alors en cette matière. Dans une logique de rejet des formalismes juridiques jugés trop stricts, et pour que ces savoirs nouveaux puissent asseoir leur légitimité scientifique, la tendance est alors, dans un premier temps, à chercher du côté des sciences naturelles et exactes de nouveaux modèles de méthode et de rigueur, capables de leur conférer une caution scientifique, puis, dans un deuxième temps du côté des sciences sociales. Beaucoup d'auteurs vont vouloir, sans rompre totalement avec la méthode formaliste, intégrer davantage de données empiriques, donner plus de place à l'activité juridictionnelle, et pour cela, introduire la méthode expérimentale dans le droit. Le but est de pallier à certains manques et insuffisances auxquels conduisent un formalisme trop prononcé, et trop dogmatique. On pense par exemple, en France aux travaux de Léon Duguit, qui, à partir du positivisme qu'il hérite de Comte et de la sociologie avec laquelle il se familiarise auprès de Durkheim, entend, à l'université de Bordeaux, faire le droit autrement, en l'ouvrant largement à la sociologie³⁹⁷. Contemporain de Duguit, on pense également à François Gény, qui, en faisant directement référence aux travaux de Claude Bernard, soutient la nécessité d'un recours à une méthode inductive, fondée sur l'observation empirique, et non plus seulement exclusivement déductive³⁹⁸. Proche de Duguit sur la critique du droit tel qu'il était classiquement pensé et pratiqué, il s'en sépare sur les modèles de sciences auxquelles il se réfère, Gény ne partageant pas le même attrait pour la sociologie³⁹⁹. On assiste alors à un certain éclatement des méthodes : si l'on repère bien un certain consensus critique à l'égard de la méthodologie juridique, force est de constater que les réponses qui y sont apportées sont pour le moins éclectiques. Celles-ci varient en fonction de l'attraction que certains modèles scientifiques exercent sur ceux qui entreprennent de repenser les méthodes juridiques, mais également en fonction des branches du droit

³⁹⁶ Voir par exemple Christopher Columbus Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1871.

³⁹⁷ On peut consulter sur ce point l'article de Stéphane Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit. », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, 2/2011, p. 69-93.

³⁹⁸ Voir par exemple l'introduction à *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913.

³⁹⁹ On peut consulter sur ce point : Jean-Pascal Chazal « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique. », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, 2/2010, p. 85-133.

dans lesquelles ces derniers se situent. Aux Etats-Unis, c'est la *Sociological Jurisprudence* et le courant réaliste qui, d'une manière beaucoup plus radicale, vont s'attaquer au formalisme régnant, ouvrir la réflexion sur le droit aux sciences naturelles et sociales, et renouveler en profondeur la manière dont on concevait la formation juridique – en témoigne l'ouvrage de Llewellyn, *The Bramble Bush*, destiné à servir d'introduction à l'enseignement du droit pour les étudiants de l'université de Columbia, et qui n'a strictement rien de comparable avec les manuels de droit qui ont pu le précéder.

De façon paradoxale, il apparaît donc que pour se constituer comme savoir autonome, la science du droit se tourne vers des formes de savoirs qui lui sont étrangères, desquelles elle importe des modes de recherche, de questionnement et de réponse. Quel statut donner alors à cette importation ? Quelles inflexions subissent ces autres savoirs et surtout leurs méthodes ? Sont-elles suivies scrupuleusement, ou sont-elles toujours retravaillées pour être adaptées à leur objet ? Quelle différence peut-on encore faire entre la science du droit et d'autres savoirs comme l'anthropologie, l'économie, la psychologie, les sciences politiques et surtout la sociologie, qui se développent de plus en plus ? Cette confusion des approches, ce risque de « syncrétisme » des méthodes comme Kelsen le nomme dans son article de 1953⁴⁰⁰, n'est pas forcément souhaitable en ce qu'il brouille considérablement le point de vue selon lequel les questions sont posées et les réponses apportées, et finit par conduire faussement à la conclusion que la tentative pour construire une science pure du droit est une vaine entreprise. Ceci résonne également comme une trahison du projet initial de la science du droit, qui, lorsqu'elle cherche à installer son savoir au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, se comprend avant tout comme la volonté d'isoler la composante purement juridique du droit et de rendre compte de sa juridicité. C'est bien ce but que se donne l'école de l'*Isolierung*, qui naît en Allemagne sous l'égide, principalement, de Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) et de Paul Laband (1838-1918), et qui cherche à construire une théorie générale de l'État totalement expurgée de toute considération sociale, économique, historique ou encore politique, en *isolant*, dans les droits positifs et historiques existants ou ayant existé, les principes juridiques qui y sont à l'œuvre. On peut également lire les travaux de Georg Jellinek dans cette perspective, comme une tentative pour délimiter ce qui appartient au domaine de la science juridique de l'État et ce qui appartient à la théorie sociologique de l'État. Autant d'auteurs qui influencent considérablement l'œuvre de Kelsen.

Cette tendance à « aseptiser » le droit pour en faire un objet de science purement juridique a été, dès le début, l'objet de critiques. L'une d'entre elles consiste à souligner les difficultés qui surgissent lorsque l'on passe de la prise en considération et de la description du droit positif à ses principes : ne s'agit-il pas là d'une réduction déguisée du droit au fait ? Comment passe-t-on,

⁴⁰⁰ Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *art. cit.*, p. 555.

autrement dit, de l'observation de données factuelles à des énoncés purement normatifs et expurgés de toute contingence empirique ? On trouve chez Carré de Malberg une tentative de réponse, qui nous intéresse à plusieurs égards. Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*⁴⁰¹, il s'interroge sur l'origine de l'État et sur la manière dont la science du droit doit l'appréhender. Il s'inscrit en faux contre les théories du droit conventionnalistes qui adjugent une origine purement arbitraire et artificielle à l'État. Il s'oppose également à celles, jusnaturalistes, qui le relient à une origine naturelle, affirmant, non sans un certain sens de la formule, que « la notion de “droit naturel” n'est pas une notion juridique »⁴⁰². Il défend l'idée qu'il revient à la théorie du droit de montrer que l'État a une origine purement juridique, qu'il importe à la science du droit de délimiter et de décrire. Ainsi écrit-il :

« Au point de vue juridique en effet, cette question n'est point de savoir quelles sont les causes profondes qui ont suscité l'État, mais bien quel est l'acte positif qui lui donne directement naissance. Or il est manifeste que cet acte ne peut être qu'un acte humain et par suite un acte de volonté humaine. Peu importe, au point de vue spécial du droit, que la volonté qu'ont eue les hommes de créer l'État, ait été déterminée par certaines forces dérivant soit de leurs propres instincts de sociabilité, soit de la loi du développement social. Certes il n'est pas contestable que les hommes, en voulant l'État, obéissent à des impulsions venues de la nature humaine ou de quelque autre cause naturelle. Mais, si impérieuses que soient les nécessités qui font agir l'homme, il n'en demeure pas moins vrai que l'acte par lequel l'individu donne satisfaction à ses besoins mêmes innés, implique de sa part un mouvement de volonté. Il n'est donc pas permis de confondre les impulsions naturelles qui ne sont que la *causa remota* de l'État, avec l'acte de création effective de l'État qui en est la *causa proxima*. Pour le juriste cet acte seul doit être pris en considération ; et c'est pourquoi il semble d'abord que toute théorie juridique de l'État doive partir de cette notion que l'État est une institution humaine, c'est-à-dire ayant sa cause génératrice dans la volonté des hommes. »⁴⁰³

Néanmoins, reconnaît Carré de Malberg, cette distinction entre *causa proxima* (cause prochaine) et *causa remota* (cause éloignée) ne permet pas de détacher complètement la notion d'ordre juridique de sa factualité, car « la notion positive de droit présuppose l'organisation sociale, en ce sens tout au moins que cette organisation peut seule assurer au droit son efficacité et sa force coercitive »⁴⁰⁴. Elle permet toutefois, et ce n'est pas sans importance, de spécifier le point de vue juridique, ainsi que la tâche et le questionnement propres au juriste. Notons également que cette distinction entre *causa proxima* et *causa remota* n'est pas sans rappeler celle entre causes distales et causes proximales que nous avons rencontrée sous la plume de Ernst Mayr, dans un tout autre domaine, celui de la biologie.

⁴⁰¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Tome 1, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1920. Voir en particulier le §21, « Théorie de la personnalité de l'État ».

⁴⁰² *Ibid.*, p. 58, note 6.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 56.

On peut en comparer, toutes choses étant égales par ailleurs, la fonction. Pour Carré de Malberg la distinction entre deux types de causes, proches et éloignées, permet de circonscrire le champ dans lequel doit se cantonner le juriste : celui des causes proches, purement juridiques pourrait-on dire, renvoyant à l'acte effectif de création de l'État. D'autres causes (naturelles, historiques), nous dit-il, existent indéniablement, et méritent certainement d'être étudiées, mais elles ne font pas partie des éléments que doit embrasser le regard du juriste. Pour Mayr, distinguer d'une part des causes proximales – c'est-à-dire des causes de type physico-chimique, que prennent en charge la biologie moléculaire et l'anatomie fonctionnelle, et qui permettent de dévoiler des mécanismes naturels – et d'autre part des causes distales – des causes d'ordre historique, celles que cherche à mettre au jour la biologie évolutionnaire – est un moyen efficace de démontrer que le champ de la biologie ne peut se réduire, dans sa totalité, à celui des sciences physico-chimiques, puisque certaines causes que la biologie étudie également n'en relèvent pas. Ainsi, Carré de Malberg en insistant sur la spécificité des causes prises en charge par la science du droit et en résistant à l'absorption de la science du droit dans des sciences plus large de la nature humaine par exemple, et Mayr en soulignant que les causes proximales ne sont pas les seules que prend en charge la biologie et en résistant à la réduction de la biologie au modèle physico-chimique, font un geste analogue : préciser leur objet et leur méthode, et ce faisant, instaurer une frontière claire entre la science dont ils accompagnent la naissance et les sciences concurrentes qui voudraient bien garder une mainmise sur ces morceaux de réalité qui échappent à leurs théories.

C'est Kelsen, on l'a entrevu, qui parachève le mouvement initial pour isoler la juridicité du droit, son essence propre, et partant pour assurer à la science du droit sa totale autonomie. L'affirmation d'une telle autonomie prend appui sur une réflexion scientifique concernant les conditions de possibilité d'une science du droit. Pour Kelsen, une telle science n'est possible que si elle est comprise comme une discipline normative, purement descriptive, qui n'est ni l'affirmation d'un droit idéal, ni une simple réduction du droit aux faits juridiques observables. Elle résulte alors du travail de description de la structure logique à l'œuvre dans tout ordre juridique, à savoir celle de la fameuse « pyramide des normes ». Il faut entendre cette image de la pyramide des normes, que Kelsen conserve tout au long de son œuvre pour décrire la structure logique de l'ordre juridique, comme une manière de rendre compte du fait que tout ordre juridique est un ordre hiérarchisé, où chaque norme peut être vue à la fois comme supérieure à une autre norme dont elle règle l'application, et inférieure à une autre norme à l'origine de sa création. Cette hiérarchisation – dynamique et non pas statique, le droit étant toujours en mouvement – repose sur une norme fondamentale, qui représente, quoiqu'idéalement et fictivement, l'acte de création d'un ordre juridique : par cette *Grundnorm*, il s'agit de *faire comme si* un acte originaire existait, donnant autorité à un premier

législateur d'édicter la première norme de droit positif. Ce postulat purement logique, et ne pouvant reposer sur aucune vérification empirique, est nécessaire, affirme Kelsen, pour permettre la description de l'ordre juridique et rendre compte de sa structure.

Si l'on peut considérer que la volonté de circonscrire un champ propre à la science du droit est partagée par la majorité des juristes du XIX^e et du XX^e, force est de constater que les moyens pour y parvenir sont divers, voire contradictoires : nombreux sont ceux qui, comme les réalistes américains par exemple, vont chercher des outils conceptuels, des procédures et des méthodes dans des disciplines extérieures ; nombreux sont également ceux qui vont tenter, dans la lignée de l'école de l'*Isolierung*, d'extraire quelque chose comme une absolue spécificité de la science du droit ; beaucoup plus rares sont en revanche ceux qui, comme dans le mouvement des *Critical Legal Studies*, affirment qu'il n'existe aucune spécificité propre à l'objet droit, et le considèrent comme un objet parmi d'autres de l'histoire, de la sociologie ou de la science politique. Les tendances varient fortement selon les continents et les pays. Par exemple, souligne V. Champeil-Desplats⁴⁰⁵, autant les Etats-Unis vont être une terre d'ouverture pour la science du droit aux savoirs voisins, autant, dans un pays comme la France en particulier, ce mouvement critique et innovant, conduit par Gény (mais aussi par Duguit, Hauriou, Saleilles ou encore Demogue), de libre recherche scientifique, où aucune connexion entre savoirs n'est interdite d'avance, va rapidement s'éteindre⁴⁰⁶. En France, l'un des freins principaux à l'ouverture de la science du droit aux sciences sociales et humaines est la peur, pour les juristes, de perdre leur autonomie et leur champ spécifique, de ne plus exister véritablement en tant que juristes. Paradoxalement, le fait d'emprunter aux méthodes des sciences naturelles ne crée pas, ou crée moins, ce type de peur, et est plutôt vécu comme une démarche salutaire, puisque pourvoyeuse de scientificité. Dans le cas du réalisme américain, il est intéressant de pointer que ce qui motive les emprunts aux disciplines sociales et humaines extérieures au strict domaine du droit, c'est par contraste avec la tendance française, une volonté de saisir au mieux ce qu'il en est de la marche du droit et de son application, comme si le droit se comprenait mieux lorsqu'il était circonscrit « du dehors », c'est-à-dire à partir de ce qui n'est plus strictement juridique.

De manière générale les divers courants réalistes ainsi que les différents courants critiques anti-formalistes qui ont eu cours en Europe comme aux Etats-Unis, à la fin du XIX^e et au XX^e siècle, ont eu pour effet irréversible de montrer que le droit est connecté à de nombreuses disciplines, et que la matière juridique peut devenir l'objet de champs disciplinaires parfois très étrangers les uns aux

⁴⁰⁵ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op.cit., p. 145-146.

⁴⁰⁶ Voir sur ce point l'ouvrage de Christophe Jamin et Philippe Jestaz, *La doctrine*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2004, qui réfléchit à la constitution de la doctrine française, et montre que la référence à un corps constitué de savoirs spécifiquement juridiques n'apparaît véritablement qu'à partir de 1850.

autres. D. W. Kennedy, professeur de droit à la Harvard Law School, le relève bien, et en veut pour preuve le fait qu'il est désormais quasiment impossible de consulter un article issu d'une revue de droit sans y trouver de multiples références à des champs non immédiatement juridiques, impliquant de fait une interdisciplinarité⁴⁰⁷. On peut également renvoyer sur cette question à l'analyse de Richard Allen Posner⁴⁰⁸, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 »⁴⁰⁹, d'autant plus intéressante qu'il est lui-même l'un des représentants les plus éminents d'un mouvement de réflexion sur le droit mêlant ce dernier à une autre discipline que lui-même – l'économie. Dans cet article, s'il défend l'idée que le mouvement d'ouverture du droit à d'autres savoirs a été bénéfique, et que l'interdisciplinarité qui s'est développée a permis de corriger le côté borné, replié sur soi, de la sphère juridique, il affirme aussi sans réserve que la dogmatique juridique demeure indubitablement le cœur de la réflexion sur le droit : quelle que soit la pertinence des apports extérieurs fournis par ces autres savoirs, ceux-ci ne sont en aucun cas de taille à s'y substituer. R. A. Posner ajoute même, non sans un accent critique que « bien des étudiants qui aujourd'hui respirent les émanations grisantes du déconstructionnisme, du structuralisme, de la philosophie morale » et ne s'intéressent à l'analyse juridique classique qu'en second lieu, « emploieraient mieux leur temps à étudier les origines de la doctrine Enelow-Ettelson, ou à synthétiser le droit des assurances »⁴¹⁰.

Pour R. A. Posner, l'idée que le droit était autonome a été pendant longtemps une croyance irréfragable – presque un objet de foi. Pourtant, c'est une idée qui, selon lui, a avant tout des origines politiques. Défendre l'autonomie du droit, c'est un excellent moyen d'essayer d'empêcher le pouvoir politique, quel qu'il soit, d'interférer dans les affaires juridiques. C'est aussi un bon moyen pour que les juristes conservent le monopole de la charge de représentation des citoyens qui leur incombe. On comprend aisément que Langdell, lorsqu'il œuvre à l'académisation du droit dans les universités américaines dans les années 1870, en fasse un principe premier de l'étude et de l'application du droit. Mais cette croyance en l'autonomie du droit se voit ébranlée une première fois par Holmes et le mouvement de la *Sociological Jurisprudence*. En effet, affirmer que le droit est avant toute chose un outil d'ingénierie sociale destiné à accomplir certaines fins socialement définies, conduit mécaniquement à affirmer que le comprendre nécessite de développer une bonne connaissance de la société dans laquelle il s'enracine. Holmes, rappelle R. A. Posner, est alors persuadé que l'avenir du

⁴⁰⁷ David W. Kennedy, « A Rotation in Contemporary Legal Scholarship », in Christian Joerges et David M. Trubek, *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos, 1989, p. 353-396.

⁴⁰⁸ Richard Allen Posner est né en 1939 et encore actuellement juge à la Cour d'Appel pour le septième Circuit aux Etats-Unis. C'est également un théoricien du droit, et en particulier de l'analyse économique du droit.

⁴⁰⁹ Richard A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », in *Harvard Law Review*, vol. 100, n° 4, 1987, p. 761-780.

⁴¹⁰ « many legal scholars who today are breathing the heady fumes of deconstruction, structuralism, moral philosophy, and the theory of the second best would be better employed studying the origins of the Enelow-Ettelson doctrine or synthesizing the law of insurance », (nous traduisons), *ibid.*, p. 777.

droit appartient davantage aux économistes, aux statisticiens, etc., qu'aux juristes techniciens. Mais à cette époque, le droit n'intéresse majoritairement que les juristes : rares sont les scientifiques issus d'autres disciplines qui s'y penchent, et on ne mesure pas encore véritablement les conséquences qu'auront les thèses de la *Sociological Jurisprudence* sur les développements ultérieurs du droit. Pour l'heure, les enseignements de Holmes semblent avoir été absorbés par le monde du droit, sans l'avoir modifié en profondeur. On a simplement intégré, à la différence de l'époque de Langdell, l'idée que, puisque le droit est un outil différemment utilisé selon les contextes sociaux, alors le juriste doit développer, en plus d'une connaissance technique et purement juridique du droit, des connaissances globales sur la société dans laquelle il œuvre. Si le droit est avant tout une histoire de technique juridique, de connaissance des textes, le bon juriste est celui qui ajoute à ses compétences juridiques du bon sens, l'expérience de ses années de pratique professionnelle, une habitude des institutions, une connaissance des valeurs éthiques et politiques globalement partagées et fondatrices dans ces mêmes institutions, et une certaine familiarité avec les tendances économiques actuelles. Mais on est encore loin de penser, comme c'est plus souvent le cas maintenant, que la plupart des clefs qui permettent de comprendre le droit, de nous en révéler le sens et l'importance, se situent en dehors du droit.

À partir des années 1960, l'autonomie de la science du droit n'est plus considérée comme une prémisses allant de soi. R. A. Posner dégage plusieurs raisons à ce retournement de situation⁴¹¹. La première provient du fait que le consensus idéologique et politique qui avait cours jusqu'alors vole littéralement en éclats. Dans les écoles de droit, le féminisme, le marxisme, l'anarchisme font leur entrée à gauche et, à droite, ce sont le libéralisme économique et politique, et le fondamentalisme chrétien. Si l'on met de côté les extrêmes, même ce que l'on appelle le « centre » n'a pas réellement d'unité politique. Ce centre va, selon R.A. Posner en 1987, de Ronald Dworkin à gauche à Robert Bork (1927-2012) à droite, deux figures incontestables et respectées de la pensée juridique et politique, mais qui sont « idéologiquement si distantes l'une de l'autre qu'il n'y a aucun terrain commun entre leurs discours »⁴¹². Lorsque l'on soumet un même problème juridique à l'une et à l'autre de ces personnalités du monde juridique, on s'expose à obtenir pour résultat deux solutions radicalement différentes. On doit alors conclure qu'il n'est désormais plus possible de s'en remettre exclusivement aux juristes pour régler les problèmes juridiques.

Parallèlement, on observe un « boom » de certaines disciplines complémentaires du droit, en particulier la philosophie et l'économie. L'économie, notamment, est devenue un domaine de

⁴¹¹ Nous ne les citons pas toutes, quoiqu'elles soient toutes également intéressantes, et commentons seulement celles qui nous paraissent pouvoir s'exporter au-delà du seul contexte américain.

⁴¹² « so distant ideologically from one another that there is no common ground of discourse between them » (nous traduisons), *ibid.*, p. 766-767.

recherche plus rigoureux, plus empirique, qui s'est élargi à l'étude des comportements hors marché. Concernant l'influence des sanctions sur le taux de criminalité par exemple, des études bien plus précises que ce que les juristes avaient pu produire jusqu'alors sont faites. En philosophie, on observe un regain d'intérêt pour les études de philosophie morale et politique, qui offrent sur le droit de nouvelles perspectives, en particulier sur des questions sensibles comme la peine capitale ou le droit à l'avortement. L'influence de Rawls et de *A Theory of Justice*, en 1971, est capitale, et offre une prise importante aux développements ultérieurs défendant un certain scepticisme quant à la possibilité d'une interprétation univoque et objective des textes de lois. Enfin, et c'est peut-être la raison la plus originale que R. A. Posner avance, il semblerait que, quel que soit le champ de savoir dans lequel on se situe, quand bien même des techniques et des corps de connaissances efficaces sont solidement institués et qu'ils permettent sans conteste de répondre aux problèmes pour lesquels ils ont été pensés et mis en œuvre, les nouvelles générations ont tendance à déconstruire ce qui existe et à tracer de nouvelles voies. Ce que R. A. Posner décrit ici, c'est une sorte d'attrait pour la nouveauté, de curiosité pour de nouveaux savoirs, et de nouveaux alliages de ces savoirs, qu'on peut rattacher à une croyance dans l'idée d'un progrès continu de la connaissance.

Il semble bien que cette analyse, faite en 1987, puisse encore bien convenir pour décrire, trente ans plus tard, certains traits de la recherche actuelle en droit, mais également dans d'autres disciplines. Ce qui motive effectivement souvent des travaux de recherche, c'est l'intuition initiale qu'on peut faire mieux, sans que cela soit forcément une marque de présomption. On le pense parce que le contexte a changé, que de nouveaux outils théoriques sont apparus, ou parce qu'on tire des conséquences inattendues de théories plus anciennes – comme ce fut le cas, par exemple, des développements ultérieurs de la *Sociological Jurisprudence*, dont on n'avait pas perçu à quel point certaines thèses allaient modifier en profondeur notre perception du droit et nos pratiques. Souvent, il y a également chez celui qui cherche à faire œuvre scientifique une volonté de produire quelque chose de singulier, d'original, soit sur le fond, soit quant à la méthode utilisée, car quelle satisfaction à simplement répéter ou imiter ? D'où une tendance à aller chercher ailleurs, dans des disciplines voisines ou plus lointaines, des techniques, des manières de faire, des méthodologies neuves, qui, lorsqu'elles sont appliquées au matériau juridique, produisent des effets inattendus, parfois féconds. D'où enfin, une tendance à vouloir écrire d'une manière différente de ceux qui nous précèdent, à vouloir se dégager de certaines habitudes d'écriture, de certaines traditions, et de s'installer, plus ou moins violemment, dans une attitude critique, voire de rupture – qui parfois, il est amusant de le relever, se manifeste par une relecture des anciens ou par l'exhumation d'un courant ou d'un auteur passé, qui se remet à occuper le devant de la scène théorique. Notons par ailleurs que cette attitude, toute compréhensible qu'elle soit, cohabite actuellement de manière assez paradoxale avec une autre

attitude, qu'on pourrait décrire comme un certain engouement pour l'interdisciplinarité, la transdisciplinarité, et la pluridisciplinarité, qui repose sur l'idée d'une accumulation et d'un croisement des savoirs, des modes d'approches et des méthodes, et cherche à établir entre eux des ponts, même s'ils sont très fragiles ou temporaires. Ainsi, d'un côté, l'espoir plus ou moins avoué d'un savoir révolutionnaire, hégémonique, qui se poserait comme un absolu indépassable, et de l'autre, le préjugé plus ou moins conscient que tous les savoirs se valent ou ont une valeur, qui renvoie à une attitude plus œcuménique que critique.

Le paradigme d'une science du droit autonome a disparu. On ne pense plus qu'il puisse exister une seule et unique interprétation des textes juridiques, et on a intégré l'idée que des motifs – politiques par exemple – permettent de proposer diverses interprétations, entre lesquelles le juriste ne peut trancher avec des outils purement juridiques. Mais quelles interprétations pense-t-on qu'il est préférable de mettre en place ? Sur ces différents points, force est de constater qu'aucune position dominante ne s'est vraiment imposée, si bien qu'on observe une pluralité de paradigmes plus ou moins concurrents. À côté de la science du droit des juristes, il y a la philosophie du droit des juristes, celle des philosophes, la sociologie du droit, la sociologie politique du droit, mais aussi l'approche économique, ou l'anthropologie du droit, pour ne citer qu'elles. Le problème qui se pose n'est pas tant de trancher entre ces savoirs, ou de fixer leurs mérites respectifs, mais de savoir par exemple comment former les juristes, quelle culture juridique leur transmettre, et à quelle idée du droit les préparer. En effet, la formation juridique insiste sur la connaissance technique des textes de lois, sur un entraînement à la lecture de ces textes, et sur, principalement, de l'analyse doctrinale. Toutefois une telle formation s'avère largement insuffisante si l'on considère comme essentielle l'interconnexion du droit avec de multiples autres savoirs. Penser le droit hors contexte, en le déliant des perspectives historique, politique, sociologique, économique ou psychologique dans lesquelles il est pris, c'est d'un point de vue théorique, manquer le sens du droit, et d'un point de vue pratique, s'aveugler sur la nature et les conditions réelles d'exercice des différentes professions juridiques. Pour autant, intégrer l'objet droit dans une étude dynamique et sociale au sens large ne signifie pas qu'il faille abandonner les tâches techniques d'analyse et d'interprétation juridiques qui forment le cœur de la doctrine juridique et des compétences des juristes. Si c'est un fait que le droit n'est pas une discipline autonome, c'est aussi un fait que le droit comporte, en tant qu'objet, des caractéristiques et une structure suffisamment complexe et singulière, pour que l'on n'étudie pas un système juridique exactement comme on étudie un autre fait social. Comme le souligne Bobbio dans l'un de ses ouvrages, les recherches sur le droit ont déplacé leur regard « de la structure à la fonction » du droit, ce qui engage nécessairement une attention accrue aux conditions sociales dans lesquelles

un système juridique prend corps⁴¹³. Il reste cependant à déterminer et à équilibrer la place accordée respectivement aux études fonctionnelles du droit et à l'analyse structurelle du droit, et ce, notamment dans les formations juridiques.

Cela demande de reconnaître et de faire place à la diversité des savoirs qui se développent autour du même objet droit, et de considérer la science du droit des juristes comme une approche parmi d'autres, qui se fonde sur une connaissance interne du droit. Cependant ceci n'est pas sans poser de difficulté, car on remarque qu'il existe, de fait, une certaine concurrence entre ces savoirs. Chacun d'eux a naturellement tendance, pour exister ou continuer d'exister dans le champ institutionnel, à vouloir affirmer l'importance, la valeur, l'originalité ou la nouveauté de ses résultats et de ses méthodes. Souvent, cette tendance trouve des modes d'expression dans une démarche critique, à entendre au double sens du terme : au sens de la critique kantienne, c'est-à-dire d'une volonté de délimitation d'un territoire, ou au sens plus trivial de la remise en cause des thèses défendues par les concurrents. Dans un cas comme dans l'autre, c'est un bon moyen d'affirmer un territoire et une différence spécifique, et donc de s'assurer une existence. Souvent aussi, cela s'exprime par une forme d'indifférence aux autres savoirs, qui confine au déni d'existence : dans les écrits qui défendent une nouvelle approche, une nouvelle méthode concernant le droit, il n'est pas rare qu'à les lire, on ait le sentiment qu'aucune autre approche ou méthode n'existe ou ne soit possible. Pourtant, lorsque l'on dépasse les grandes déclarations d'intention, souvent un peu belliqueuses, et les tendances monopolistiques, la raison nous convainc de voir dans cette diversité une complémentarité des savoirs. Mais encore faut-il parvenir à naviguer entre Charybde et Scylla, et ne verser ni dans un syncrétisme simpliste – où méthodes et perspectives divergentes cohabitent faussement, donnant l'illusion d'un savoir unifié alors qu'il n'en est rien, ou ouvrant à un relativisme peu souhaitable – ni dans un sectarisme buté – où aucune communication entre les travaux des uns et des autres n'existe, alors qu'ils portent sur des objets communs appartenant au monde juridique, comme si un type de savoir pouvait suffire à produire tout le savoir possible sur le droit.

C'est pourquoi nous défendons l'utilité d'une théorie générale du droit, considérée comme une branche de la philosophie du droit, c'est-à-dire d'une discipline qui réfléchisse, avec une certaine distance, aux différents discours produits sur le droit, et cherche à les évaluer et à en déterminer le statut et la scientificité. C'est ainsi à une telle théorie générale du droit de se pencher sur la question de savoir quels liens peuvent être établis, par exemple, entre la science du droit, la sociologie du droit, l'histoire du droit, et l'analyse économique du droit, dans quelle mesure l'objet auquel elles s'intéressent est ou non le même, etc.

⁴¹³ Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction*, trad. David Soldini, Paris, Dalloz, 2012.

On s'écarte alors pour partie de ce que E. Millard définit comme une théorie générale du droit. Pour lui en effet, une telle discipline se comprend comme une théorie prescriptive à propos des fins et des méthodes qu'une science du droit – des juristes – doit mettre en œuvre. Elle se fonde donc sur une connaissance interne du droit, mais elle admet malgré tout que son objet puisse être connu par d'autres approches. Elle est donc générale du point de vue des juristes, mais pas du point de vue de l'ensemble des savoirs constitués à propos du droit et de ceux qui s'y intéressent pour produire à son propos de la connaissance. Or, si, comme E. Millard, nous sommes d'accord pour dire que « la théorie générale du droit reconnaît que la science à propos du droit est en réalité plus vaste que ce qu'elle appelle science du droit par commodité » et que « plusieurs disciplines prennent le droit pour objet »⁴¹⁴, il n'incombe pas seulement à une théorie *véritablement* générale du droit de réfléchir aux emprunts que font les juristes aux autres disciplines portant sur le droit, de clarifier la nature de ces emprunts, de se demander à quel degré ils affectent la science du droit, et à quel type d'analyse ces matériaux extra-juridiques sont soumis. Il lui incombe également d'observer les résultats d'autres approches scientifiques du droit (comme la sociologie ou la psychologie, ou encore, nous le verrons, la neurologie), d'en mesurer l'écart ou au contraire la congruence avec la science du droit classique et de permettre un dialogue entre ces différentes perspectives. Une telle réflexion a également pour but de lier ces savoirs, de pondérer leurs résultats en prenant garde de ne pas les relativiser mais de leur affecter une place propre en fonction de leurs méthodes et des fins qu'ils se donnent.

Dans cette logique, les différentes sciences du droit existantes, quant à elles, doivent alors être comprises comme des cas particuliers d'une science plus générale, l'anthropologie, ou, si l'on veut, *des sciences humaines* parmi l'ensemble des sciences humaines et sociales qu'on pourrait toutes ranger, en dernière instance, sous l'égide d'une grande anthropologie. Aucune d'elle ne pourrait prétendre à une totale autonomie et à s'abstraire totalement de toute contextualisation. Par exemple, si la dogmatique juridique a du sens, c'est en tant qu'elle analyse des règles de droit qui ont été produites et sont effectives, dans un lieu et un temps donnés. La science du droit, aussi purement juridique qu'elle puisse paraître lorsqu'elle est parfois maniée par les juristes, ne peut s'exonérer de tout contextualisme. Elle doit être comprise de manière holiste, au sein d'une démarche globale cherchant à rendre compte de l'homme dans sa globalité, c'est-à-dire aussi dans sa factualité et sa contingence.

C'est certainement tout cela qu'il faut entendre lorsque le juriste P. Amselek parle de *monde* du droit. Il emploie ce terme au sens phénoménologique et heideggerien, pour décrire la manière dont s'organisent nos usages juridiques. Dans cette veine, il définit les règles de droit comme des objets

⁴¹⁴ Éric Millard, *Théorie Générale du droit*, op. cit., p. 53-54.

techniques, des « outils-pour », destinés à développer un certain type d'échange et de relation inter-humains, instanciant une certaine manière – symbolique et parfois mystérieuse selon lui – d'être-au-monde⁴¹⁵. Souscrire à ce qu'on a appelé la thèse holiste, cela reviendrait, pour le dire plus humblement, à se résoudre à une attitude de bon sens, nous invitant à ne pas oublier, quand nous étudions le droit, ce que le droit est effectivement, ce qu'il fait, ce à quoi il sert, et pourquoi il est produit, sous peine d'en manquer la nature.

Qu'il n'y ait pas de compréhension de nos objets juridiques sans prise en compte de leur contexte de mise en œuvre, paraît évident. Toutefois, la thèse corollaire, à savoir que la science du droit – voire les sciences du droit – ne peut être absolument autonome et qu'elle doit se penser en synergie avec les autres sciences humaines, est plus difficile à accepter, ou à mettre clairement en œuvre, en répartissant harmonieusement les tâches. C'est pourtant ce que la plus grande partie de la littérature actuelle sur le droit appelle de ses vœux, que nos lectures soient estampillées « sociologie du droit », « sociologie politique du droit », « théorie du droit », « philosophie du droit », « anthropologie du droit » ou encore « dogmatique juridique », « analyse économique du droit », etc. Nombre de colloques, de journées d'études, d'articles, ou d'ouvrages sont consacrés à la question de savoir comment penser les rapports entre toutes ces sciences : interdisciplinarité ? transdisciplinarité ? pluridisciplinarité ? Nous nous écarterions de notre sujet en entrant dans les méandres des significations de ces termes, des usages qu'ils peuvent recevoir et des multiples positions qu'ils peuvent recouvrir. Mais il suffit ici de souligner que cette dynamique existe, qu'elle n'est pas aisée à penser, et qu'il revient à chaque chercheur dans ce domaine d'inventer les rapports qu'il veut et dont il est capable entre ces différentes disciplines. La littérature dans ces différents domaines est immense, et un même théoricien ne peut pas être tout à la fois pleinement philosophe, juriste, sociologue, anthropologue, économiste, etc. On rejoint alors la remarque de Jean Carbonnier, qui affirme que le « juriste véritable » – ou plutôt parfait – devrait avoir à son actif pas moins de quatre sciences : une parfaite connaissance du droit comme système juridique, mais également de l'art de légiférer, ainsi qu'une maîtrise de l'interprétation des textes juridiques, et une connaissance du contexte social du droit⁴¹⁶. Voici dessiné l'idéal vers lequel tout bon juriste – et tout philosophe du droit conséquent – chercherait à tendre.

S'il y a bien des différences d'approches entre le sociologue du droit, le juriste, le philosophe

⁴¹⁵ On peut lire sur ce point les belles pages de « Comment je vois le monde du droit », transcrites d'une communication de Paul Amserek, présentée le 13 octobre 2016 à l'Università Statale di Milano, en ligne : <http://paul-amserek.com/textes.php> (consultée le 20/06/2022). Voir également Paul Amserek, « La part de la science dans les activités des juristes », Paris, *Recueil Dalloz*, Chronique, 1997, p. 341.

⁴¹⁶ Voir les entretiens de Jean Carbonnier in Simona Andrini et André-Jean Arnaud, *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline*, Paris, L.G.D.J., « Droit et Société », 1995, p. 33.

du droit, etc., on ne peut pas pour autant parler de divergence *fondamentale*, ne serait-ce que parce que leur objet d'étude respectif est pour une part le même, quoique étudié selon des aspects et des contextes qui ne sont pas également pris en compte. Cela engendre un effet trompe-l'œil, redoublé par le fait que chacun se spécialise dans des réseaux bibliographiques, des habitudes référentielles, un vocabulaire et une manière de nommer les choses qui lui sont propres, qui tendent à faire apparaître des différences qui en sont parfois que de surface. Cette spécialisation demande nombre d'efforts et entraîne une certaine cécité à l'encontre des autres domaines de spécialisation. On a, de fait, une formation *initiale* de philosophe, de juriste, de sociologue, que l'on peut, au gré de sa curiosité et de son envie de franchir les barrières disciplinaires, *compléter* par un autre cursus. Rares sont ceux qui détiennent ce genre de double (voire triple !) casquette, en disposant de compétences et d'une aisance véritablement égales. En conséquence, chacun s'excuse de ne pas être assez quelque chose : par exemple le juriste de ne pas être assez philosophe ou le philosophe de ne pas être assez juriste. À tout le moins, chacun signale avec soin quelle formation il a reçue. On se protège ainsi peut-être par avance de certains manques, on signale également ses intérêts théoriques et pratiques, mais c'est surtout une manière de demander au lecteur d'enclencher un certain schème de compréhension, de se préparer à une certaine manière de parler et de penser un trajet dans la multitude des écrits scientifiques existants.

On ne peut plus feindre que la « révolution réaliste » n'a pas eu lieu. On ne peut plus faire comme si, après l'avoir si bien remis en cause, les acteurs du monde judiciaires étaient des êtres parfaitement prévisibles, uniquement mus par des motifs juridiques. On peut certainement d'autant moins le faire que le droit contemporain évolue de telle sorte qu'il s'insinue de plus en plus dans la vie politique et morale. Comme le rappelle R. A. Posner, à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, et cela vaut tant sur l'ancien que sur le nouveau continent, on légifère beaucoup plus sur des questions politiques – comme l'avortement, la fin de vie, la procréation médicalement assistée (PMA), la gestation pour autrui (GPA), la gestion de l'environnement, etc. – qui deviennent alors de véritables questions juridiques⁴¹⁷. Il devient, dans certains cas, impossible de trancher sur des questions juridiques sans prendre aussi position sur des questions d'ordre politique et moral, et sans entrer dans une analyse des pouvoirs politiques. C'est là sans doute le rôle des comités d'éthique, et des pensées dites « éthiques » en général, d'allier une réflexion sur la réglementation pratique et donc juridique, à une réflexion sur les principes moraux et politiques à l'œuvre. L'éthique, ou la réflexion sur les règles pratiques du bon comportement à adopter dans des situations complexes, serait à mi-chemin du pratique et du théorique, du politico-moral et du juridique ; elle assumerait de traiter en propre et de manière directe la question des valeurs à l'œuvre dans le champ juridique.

⁴¹⁷ Voir notamment Richard A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987 », *art. cit.*, p. 767.

Dès lors, du côté du juriste, une mise en perspective de son travail doit être nécessairement faite. Il paraît impossible pour le juriste d'abstraire totalement le droit auquel il œuvre du substrat social dans lequel il prend sens. Quant au sociologue, comme nous le dit le juriste J. Caillosse dans sa réflexion sur l'émergence d'une science comme la sociologie politique ⁴¹⁸, il serait bon que de son côté, il fasse un peu plus cas du matériau juridique brut, autrement dit, de la lettre de la règle de droit, des techniques et du système juridiques. Peut-on vraiment faire « comme si le droit pouvait n'être que le support inactif, stérile, de recherches qui se portent en amont comme en aval de la règle proprement dite »⁴¹⁹, s'interroge-t-il ? Car si les sociologues connaissent bien le droit dont ils observent les effets et les usages, à les lire, on a souvent le sentiment que le droit dont ils parlent est soit toujours déjà là, comme une réalité naturelle évidente et non questionnée, soit réductible à un ensemble de pratiques – qui sont pourtant en partie des pratiques auxquelles il donne lui-même lieu. Comment dès lors ne pas souscrire à cette interrogation : « Est-il si absurde d'affirmer que le sociologue qui a pour légitime ambition d'expliquer le droit doit commencer par le comprendre ? »⁴²⁰. Cette question peut bien évidemment être retournée au philosophe, ou à l'économiste et à l'anthropologue. Par un effet de miroir, elle peut aussi être renvoyée au juriste : est-il si absurde d'affirmer que le juriste qui a pour légitime ambition d'expliquer le droit doit commencer par comprendre le contexte social dans lequel il s'insère ?

Les tensions qui s'exercent autour de la question de la ou des sciences du droit, et de leur autonomie sont nombreuses. On voudrait, à n'en pas douter, un monde de la connaissance où les théories s'imbriquent parfaitement les unes dans les autres, se complètent et s'ajoutent pour former un tout unifié. Mais c'est aussi, à n'en pas douter, un idéal qui reste pour le moment bien lointain, s'agissant d'objets aussi complexes et de sciences aussi spécialisées. Il n'existe donc pas de solution parfaite, mais il demeure possible d'essayer, aussi raisonnablement que possible et aussi souvent qu'il est possible, de faire dialoguer ces différentes sciences entre elles, de sorte que lorsque le juriste, le sociologue, le philosophe, l'économiste, l'historien et l'anthropologue se rencontrent, ils puissent se comprendre, apprendre les uns des autres, et se souvenir qu'ils parlent du même monde. Dans cette optique, il faut alors réfléchir à ce que chacune de ces sciences peut exporter et apporter aux autres. C'est en partie l'objet de notre travail de construire modestement quelques ponts supplémentaires entre philosophie du droit des philosophes et philosophie du droit des juristes : en montrant par exemple, que les débats qui ont agité et agitent encore la science du droit renvoient à des

⁴¹⁸ Jacques Caillosse, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », in *Droit et Société*, vol. 77, 2011/1, p. 187-206.

⁴¹⁹ Jacques Caillosse, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », *art. cit.*, p. 203.

⁴²⁰ *Ibid.*

questionnements bien connus en philosophie, et plus particulièrement en épistémologie ; en montrant que le philosophe du droit détient des outils efficaces pour intervenir sur les questions d'épistémologie de la science du droit et pour aider à conceptualiser la chaîne mentale et volitive complexe que représente la prise de décision judiciaire. C'est également un prérequis de ce travail que d'essayer, aussi précisément que cela est possible, et tout en restant dans le domaine de la recherche en philosophie, d'utiliser et de synthétiser un matériau issu des sciences juridiques et qui n'en franchit que trop rarement les frontières. En somme, il s'agit de tenter d'établir quelques passerelles théoriques et de faire en sorte que la philosophie du droit des juristes ne soit pas exclusivement *pour* les juristes, et parallèlement, que du côté de la philosophie, l'approche du droit ne soit pas faite seulement par et pour eux.

IV. Cause, causalité et causation en droit

Un dernier objet de débat intrinsèque aux sciences du droit mérite d'être porté à notre connaissance, concernant le statut de la notion de cause ou de causalité dans le domaine du droit. Cette question a la particularité de nouer ensemble deux problématiques que nous avons précédemment évoquées : celle de la nature des objets juridiques, en particulier ces objets que sont les normes ; et celle du modèle scientifique auquel la science du droit cherche à souscrire. Il s'agit donc d'une part de se demander si la notion de cause a une place dans le droit, et si oui, quelle conception en est faite, sachant que, chez certains juristes comme Kelsen, celle-ci semble évacuée au profit de celle d'imputation : peut-on se passer de l'idée de cause en droit ? Il s'agit d'autre part de réfléchir à la question de savoir si la science du droit peut être pensée sur un modèle causaliste, et si oui, là encore, quel concept de cause est retenu à cet effet et quelle en est la fonction.

1. Les occurrences causales dans le droit

Force est de constater que, de fait, la notion de cause apparaît dans le vocabulaire juridique, tant au niveau de la formulation de la loi, des raisonnements juridiques et judiciaires, que de la qualification des faits susceptibles d'être jugés. Si l'on s'appuie sur les analyses de Philippe

Malaurie⁴²¹, la notion de cause apparaît dans le droit français dans deux cas intéressants à développer : celui du droit des contrats et celui de l'établissement de la responsabilité civile ou pénale.

Dans le droit des contrats d'abord, la notion de cause a été usitée jusqu'à très récemment. En effet, jusqu'à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui porte la réforme du droit des contrats, le terme apparaît de manière directe. Il désigne alors la cause objective ou la cause de l'obligation qui relie les contractants entre eux. Autrement dit, on entend par cause d'un contrat le but direct et immédiat qui conduit un individu débiteur à s'engager dans une relation contractuelle. C'est ici la notion de cause finale qui est mobilisée puisqu'elle désigne ce en vue de quoi un accord contractuel est passé entre différentes parties. Cette notion de cause ainsi formulée revêt alors trois fonctions : donner une justification rationnelle à l'obligation contractée ; garantir que l'engagement contracté provient bien de l'accord de volontés autonomes ; et contrôler la licéité du contrat passé. Un contrat n'est donc valable que s'il est formé avec raison, librement et conformément à la légalité. Il n'existe donc pas, en droit, d'obligation contractuelle sans cause, ou si cette cause est insuffisante, ou mensongère. Établir une absence ou un manque de cause équivaut ainsi à rendre caduque un contrat. À partir de l'ordonnance du 10 février 2016, le terme de cause disparaît, mais son sens demeure. Cette partie de la réforme a en effet pour but d'harmoniser le droit français avec les droits européens, et d'homogénéiser les termes utilisés, mais non de faire disparaître l'idée qu'un contrat n'est valable que si l'on peut définir ce en vue de quoi il est contracté, et établir que cette cause finale est justifiable, librement choisie par les contractants et licite. Comme le stipule désormais l'article 1128 du *Code Civil*, sont nécessaires à la validité d'un contrat le « consentement des parties », la « capacité de contracter » des parties, ainsi que « le contenu licite et certain » du contrat. Sur le fond donc, la définition de la validité d'un contrat n'est donc pas modifiée et conserve l'idée de cause telle qu'elle était auparavant définie.

La notion de cause apparaît de manière encore plus importante et intéressante pour nous dans la théorie de la responsabilité juridique. En effet, quels que soient les systèmes juridiques impliqués, il semble difficile de déconnecter totalement l'idée de responsabilité d'une personne de la notion de cause. En effet, il paraît bien étranger à la logique de nier le principe selon lequel une personne ne peut être déclarée responsable d'un dommage, d'un tort ou d'un préjudice, qu'à condition qu'elle en soit la cause directe ou indirecte. Ici, comme dans le cas de la validité d'un contrat et donc de l'obligation qu'il engage, une personne ne peut être dans l'obligation de réparer les torts qu'elle a commis que si l'on peut attester – par des preuves ou des aveux – qu'elle en est bien l'auteur et donc la cause. Ici cependant, c'est plutôt la notion de cause efficiente qui est mise en œuvre. Cette notion

⁴²¹ Philippe Malaurie, « Cause », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 172-178.

de *causation* d'une conséquence dommageable conditionne la possibilité d'établir la responsabilité d'une personne et partant, de fixer une sanction. Ainsi rappelle notre *Code Civil* : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (article 1240) ; « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence » (article 1241). Autrement dit, la relation d'imputation que décrit parfaitement Kelsen s'adosse à celle de causalité. Pour qu'il puisse y avoir quelque chose comme l'imputation d'une conséquence – la sanction – à un fait considéré comme en étant la condition – un acte ayant entraîné un tort, un dommage ou un préjudice –, il faut bien avoir montré au préalable qu'un agent a effectivement causé le tort, le dommage ou le préjudice en question. Sans cette condition, aucune responsabilité ne peut être établie. Toutefois, les choses sont loin d'être aussi simples, et il peut s'avérer difficile, voire problématique de sélectionner et de décrire les éléments qui permettent de prouver qu'une relation causale peut être effectivement établie entre une personne et des faits susceptibles d'entraîner sa responsabilité et d'enclencher une relation d'imputation où elle se voit sanctionnée. Sur ce point, dans un article consacré à l'idée de cause dans le domaine juridique, Antony Honoré relève plusieurs points rendant problématique le lien entre causalité et responsabilité⁴²².

Il rappelle d'abord que causer quelque chose n'implique pas nécessairement qu'on en soit responsable, et inversement : il n'y a pas de lien mécanique et univoque entre causation et responsabilité. Ainsi, avoir causé un tort, un dommage ou un préjudice ne signifie ni systématiquement ni nécessairement qu'on en soit responsable, puisqu'il peut arriver qu'on cause une telle chose de manière accidentelle, sans en avoir eu l'intention. De manière presque inverse, il faut aussi souligner que le fait de causer un tort, un dommage ou un préjudice ne signifie pas qu'on en soit la cause directe, physique et immédiate, puisque nous sommes considérés comme responsables des dommages que nous causons de notre propre fait – lorsque nous en sommes nous-mêmes les causes efficientes – ou lorsque ces dommages sont causés « par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses qu'on a sous sa garde » (article 1242). On peut même être déclaré responsable d'un crime ou d'un délit lors même que l'on n'a pas causé de dommage : c'est le cas par exemple du fait de détenir des armes de manière illégale. La détention sans utilisation est considérée comme un délit. La négligence revêt également un sens causal : elle consiste à ne pas avoir prévenu un enchaînement causal et donc à ne pas avoir interféré comme on l'aurait dû avec lui. Elle peut être ainsi retenue comme cause d'un dommage dont on est alors tenu pour responsable.

⁴²² Antony Honoré, « Causation in the Law », in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, version « Winter 2010 », dir. Edward N. Zalta. En ligne : <https://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/causation-law/> (consulté le 20/06/2022).

A. Honoré souligne également qu'il n'est pas toujours aisé d'établir une causalité entre deux évènements. Quelle(s) liaison(s) causale(s) admet-on comme acceptable(s) ? S'il semble par exemple évident que je fasse partie de la cause, et que je sois donc pour partie responsable de l'état de vétusté de l'immeuble dont je suis propriétaire et que je loue, comment établir dans quelle mesure exacte je serais aussi la cause et le responsable d'un incendie qui s'y déclarerait, ou de tout autre dommage que l'on pourrait relier à l'état vétuste de mon immeuble ? De la même manière, à quel point peut-on parler de causalité et partant, de responsabilité, dans le cadre d'un conseil que je donne, d'une complicité, d'une négligence, ou de corruption ? Car ici, si l'on parle de cause, c'est plutôt par analogie, car au sens strict, celui qui en corrompt un autre n'est pas directement la cause de l'acte de celui qui a été corrompu. Il en va de même pour celui qui partage la complicité d'un acte délictuel, ou pour celui qui donne un conseil mal avisé, de manière intentionnelle ou non. Comme le souligne A. Honoré :

« L'étendue du spectre des motifs causaux ou quasi causaux de la responsabilité qui sont reconnus dans le domaine du droit et de la moralité soulève la question de savoir s'il est possible qu'une théorie uniforme de la causation puisse rendre compte de chacun d'eux. »⁴²³

Ce genre de relations de causalité, établies par analogie, sont sujettes à discussion et l'une des missions du juge, que ce soit dans la phase d'instruction d'une affaire ou dans la phase de règlement d'un litige, est de trancher sur ce qui peut être considéré, ou non, comme causal, ou comme analogue à une relation causale. Il ne le fait évidemment pas comme il l'entend, mais en s'assurant que les évènements reliés entre eux en tant que cause et dommage correspondent effectivement à des catégories juridiques pertinentes, et que l'on peut recueillir des éléments pertinents pour une procédure juridique permettant par exemple de prouver une complicité, une négligence coupable ou une manipulation.

Il n'existe donc pas une seule et unique manière de construire une relation entre un évènement (qu'il soit une action, la conséquence d'une action ou d'une absence d'action) et un dommage. Il va de soi qu'un évènement tel qu'une action, et un fait dommageable, peuvent recevoir diverses descriptions, et être diversement appréciés. On renoue alors ici avec un problème bien connu, et que H.G. Frankfurt formule ainsi :

« Le problème de l'action consiste à expliquer la différence entre ce que fait un agent et ce qu'il subit, entre les mouvements corporels qu'il accomplit et ceux auxquels il ne concourt pas. »⁴²⁴

⁴²³ « The existence of this wide spectrum of causal or near-causal grounds of responsibility recognized in law and morality raises the question whether any uniform theory of causation is capable of accounting for all of them. », *ibid.*

⁴²⁴ H. G. Frankfurt, « Le problème de l'action », in *Théorie de l'action, Textes majeurs de la philosophie analytique de l'action*, sous la direction de Marc Neuberger, *op. cit.*, p. 241.

Pour que la responsabilité d'un agent puisse être établie, il faut bien que ce problème soit tranché au préalable. Qu'a réellement fait, voulu faire un agent ? Qu'est-ce qui était en son pouvoir ? Aurait-il pu agir autrement qu'il ne l'a fait ? Autrement dit, dans quelle mesure peut-on établir qu'il est la cause d'un événement préjudiciable, et, par conséquent, dans quelle mesure peut-on, d'un point de vue juridique, commuter ce lien causal en un lien d'imputation ? Si l'on continue de raisonner dans le cadre de l'établissement de la responsabilité d'un individu pour un fait considéré comme contrevenant à la loi, le déroulement de la procédure juridique peut tout à fait être décrit comme la recherche d'un consensus autour de trois éléments fondamentaux. Il s'agit dans un premier temps de se mettre d'accord sur la description d'un événement dont on juge qu'il entre dans la catégorie des faits interdits par la loi. Cela signifie que le rôle du juge d'instruction, des inspecteurs, ou des juristes qui établissent les faits du dossier à juger, consiste à déterminer la version officielle et publique qui fera foi concernant la description d'un événement. Il va sans dire que l'établissement des faits peut souvent être l'objet d'une lutte, puisque le jugement final ne pourra que dépendre de la manière dont auront été compris ces mêmes faits, et que certaines compréhensions des faits sont par exemple plus favorables à l'accusation ou vont davantage du côté d'une reconnaissance des dommages subis. Autrement dit, parmi les descriptions possibles, il s'agit d'en élire une, dont on dit alors qu'elle prévaut juridiquement et socialement sur les autres. Il s'agit deuxièmement de s'accorder sur ce que l'on retient comme antécédents causaux concernant ce même événement, et qu'on s'accorde également sur ce qui, parmi ces antécédents est judiciariable ou non. Parmi l'ensemble des causes d'un événement, il s'agit de sélectionner celles qui intéressent la loi, qui sont susceptibles d'être décrites de manière juridique, et qui pourront servir d'éléments pertinents et opposables dans la procédure juridique. Là encore, la définition des causes est susceptible d'alimenter des conflits d'intérêts. Pensons par exemple aux cas où il faut établir une complicité, ou statuer sur le consentement éclairé ou non d'un individu. Il s'agit enfin, en troisième lieu, une fois l'événement et sa chaîne causale arrêtés, de déterminer à quelle relation d'imputation cet événement ressortit. À nouveau, différentes lectures des textes de lois sont possibles, et certains habitus judiciaires, politiques, mais aussi psychologiques, économiques, historiques, culturels et sociaux, peuvent venir nuancer la décision finale.

Ceci nous amène alors à conclure que, lorsqu'un juge, au terme d'une procédure juridique dans laquelle il n'est pas le seul acteur, établit finalement la culpabilité ou l'innocence d'un individu et la sanction éventuelle qui en découle, il ne s'en tient pas seulement, au fond, à rendre une décision judiciaire. Il fait aussi bien autre chose. Sa décision est aussi, sur un autre plan, une décision philosophique ou métaphysique puisque, à chaque fois, et sans en être forcément pleinement

conscient, il propose aussi une sorte de réponse au « problème de l'action ». On peut en effet lire sa décision comme une validation tacite ou une manière de trancher en faveur d'une certaine conception de l'action, de la causalité et de la responsabilité, mais également comme une manière d'arbitrer en faveur de certaines valeurs.

2. Problèmes philosophiques posés par la notion de cause en droit

Plus précisément, on pourrait dire que tout jugement rendu tranche sur deux problèmes philosophiques liés à la notion de cause, que nous avons déjà rencontrés et qui sont des problèmes centraux dans la querelle entre sciences humaines et sciences naturelles. Le premier problème est celui de la causalité factuelle : quels sont les faits qui peuvent être retenus comme pertinents, et quelles sont les conditions qui peuvent être attribuées à un agent pour que son action, son intervention ou l'absence de celles-ci soient considérées comme causales ? Pour qu'un individu soit considéré comme cause d'un dommage et comme responsable de ce dernier, faut-il montrer que son action ou son intervention (ou l'absence de l'une des deux) était une condition nécessaire au dommage en question, ou qu'elle faisait partie d'un ensemble de conditions suffisantes pour avoir entraîné un dommage ? Le second problème est celui des limites de la responsabilité juridique (mais cela vaudrait aussi pour notre responsabilité en général) à l'égard d'un acte : de quoi sommes-nous réellement les auteurs et de quoi sommes-nous réellement responsables ? Dans quelle mesure les conséquences de nos actes, qui peuvent être plus ou moins volontaires, voire involontaires, et qui peuvent être plus ou moins immédiatement rattachées à notre action, font-elles partie des choses dont nous sommes responsables en cas de dommage causé ?

Concernant le premier problème envisagé, au moins trois approches s'affrontent. Si l'on se reporte à nouveau à la synthèse qu'en propose A. Honoré, trois théories polarisent la multiplicité des positions possibles. La plus majoritaire porte le nom de « But-For Theory », ou théorie du fait déterminant. Elle est notamment défendue par Mackie et consiste, si on la résume brièvement, à poser la question suivante : le dommage aurait-il eu lieu en l'absence de l'action ou de l'intervention dont on cherche à établir la responsabilité ? S'il apparaît que ce n'est pas le cas, c'est donc que l'action en question était déterminante dans le dommage causé et que son auteur en est alors sûrement le responsable. L'avantage d'un tel raisonnement, on le voit, est sa simplicité et son efficacité. Pour établir qu'il y a causalité et donc éventuellement responsabilité, il faut montrer que l'action d'un individu a été une condition nécessaire à la survenue d'un dommage de telle sorte que si cette action n'avait pas eu lieu, le dommage n'aurait pas eu lieu non plus. Cependant, un tel raisonnement n'est

pas opérant dans tous les cas. En effet, la « But-For Theory » passe plus ou moins sous silence le fait qu'en général, nos décisions et nos actes ressortissent à plusieurs motifs ou causes, et qu'il n'est pas du tout évident de savoir avec exactitude quel est ou quels sont les motifs et causes sans lesquels un évènement aurait eu ou n'aurait pas eu lieu, et selon quelles proportions. Ainsi, dans le cas où des individus agissent de concert, il n'est pas toujours évident de déterminer l'action de chacun et la mesure dans laquelle chaque action est ou non déterminante pour rendre compte d'un dommage causé. C'est pourquoi certains auteurs, au nombre desquels A. Honoré lui-même et H. L. A. Hart infléchissent la « But-For Theory » et lui préfèrent la théorie de la « NESS Condition », l'acronyme NESS valant pour « Necessary Element of a Sufficient Set »⁴²⁵. Selon cette conception, une condition est considérée comme causalement pertinente si l'on peut montrer qu'elle constitue un élément nécessaire d'un *ensemble* de conditions solidaires et suffisantes pour produire un dommage. Ceci suppose de pouvoir établir clairement quels genres de faisceaux de conditions produisent quels évènements. Ainsi, une NESS-condition est pensée comme une instance particulière de généralisation quant à la manière dont des évènements sont connectés entre eux⁴²⁶. En établissant ce type de généralisations, une telle théorie permet de pondérer la responsabilité d'un individu. Dans le cas par exemple où un individu est l'auteur d'un acte qui s'avère produire, par un enchaînement causal peu courant, des conséquences dommageables quasi imprévisibles, on sera conduit à limiter voire à annuler la responsabilité de cet individu, puisqu'on estime alors, étant donné notre conception de la connexion entre certains phénomènes et certains évènements, qu'il n'était pas possible de prévoir qu'un tel acte aurait de telles conséquences. C'est pourtant sur cet aspect que cette théorie est à son tour critiquée. En effet, soulignent ses détracteurs⁴²⁷, nos généralisations concernant la manière dont certains phénomènes en causent d'autres ne sont pas réellement capables d'intégrer des phénomènes aussi complexes que les processus de décisions humains qui semblent souvent échapper à de telles généralisations, et déborder les cadres causaux élaborés. Cela les conduit à défendre un troisième type d'approche, plus quantitative ou scalaire, qui s'attache à établir, pour chaque cas, dans quelle mesure une action contribue à un dommage ou dans quelle mesure elle est impliquée dans la production d'un dommage, sans avoir recours à de telles généralisations.

Aucune de ces théories ne peut prétendre tout dire de ce qu'est une cause en droit, et partant,

⁴²⁵ Voir par exemple H. L. A. Hart et Tony Honoré, *Causation in the Law*, Second Edition, New York, Clarendon Press-Oxford, 1985.

⁴²⁶ Les partisans de la NESS-théorie considèrent, dans la veine de Mackie, qu'une NESS-condition est un cas particulier de INUS-condition. Pour Mackie en effet, une cause doit être définie de manière minimale comme une "Insufficient but Necessary parts of a condition which is itself Unnecessary but Sufficient" (INUS-condition) pour produire son effet. (J.L. Mackie, « Causes and Conditions », in *American Philosophical Quarterly*, vol. 2, n° 4, 1965, p. 245-264 ; voir également *The Cement of Universe*, op. cit.).

⁴²⁷ Comme par exemple Michael S. Moore, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, New York, Oxford University Press, 2009.

s'arroger un monopole dans l'établissement d'une responsabilité juridique. Disons plutôt que ces différentes manières d'approcher la notion de cause en droit correspondent à chaque fois à des interrogations différentes. En effet, on optera davantage pour un questionnement tel que celui déployé dans la « But-For Theory » si l'on veut attribuer à quelqu'un l'entière responsabilité des conséquences dommageables d'un acte et insister sur le fait que son intervention a changé de manière flagrante le cours des événements. On sera plus enclin à mettre en œuvre une approche dite scalaire ou quantitative dans les cas où un dommage causé semble résulter de l'intervention de plusieurs agents, et que l'on veut, le plus justement possible, évaluer la responsabilité de chacun, ce qui nécessite d'aborder plus finement la question du rôle et de la responsabilité de chaque intervenant. Enfin, la théorie de la « Ness-condition » pourra sembler plus utile dans les cas où l'on se questionne pour savoir si l'auteur d'un dommage pouvait imaginer les conséquences désastreuses de son acte, et s'il aurait pu agir autrement qu'il l'a fait.

Ces différentes manières d'approcher la question de la causalité en lien avec celle de la responsabilité renvoient ainsi, en droit comme ailleurs, à l'idée que nos concepts peuvent avoir des applications et par conséquent des implications fort différentes selon l'intérêt que l'on a à les employer, et les questions ou les buts qui président à leur emploi. Tout dépend, en effet, des fonctions pour lesquelles la notion de cause est convoquée. En droit, rappelle A. Honoré, il y en a principalement trois. L'une d'elles concerne évidemment la question de l'attribution d'une responsabilité aux individus quant aux conséquences de leurs actions et de leur intervention dans le monde. Une autre est de montrer quels antécédents ou conditions ont pu produire tel événement. Une dernière consiste à établir ce qui se produit en règle générale dans une certaine configuration d'événements, de phénomènes et de conditions. La première est donc attributive et répond à la question : qui est responsable ? La seconde, explicative et rétrospective, regarde en arrière : que s'est-il passé ? La troisième, prospective et prédictive, se tourne vers le futur : que va-t-il se passer ? Toutefois, ces différentes fonctions que l'on peut ainsi théoriquement isoler ne sont peut-être pas discernables les unes des autres dans le travail du juge. La question de savoir à qui attribuer la responsabilité d'un dommage ne peut sûrement pas se dissocier d'une enquête rétrospective sur le contexte causal à l'origine du dommage (quelles causes l'ont produit ? qu'est-ce qui n'aurait pas dû se produire, et était-ce évitable, pour que le dommage n'ait pas eu lieu ?). L'enquête policière et plus généralement la phase d'instruction d'un dossier jouent précisément ce rôle. Elles s'attachent à collecter des faits dont la compréhension doit permettre de proposer un récit causal satisfaisant du déroulé des événements qui intéressent l'institution judiciaire. Attribuer à un individu la responsabilité d'un acte dommageable s'adosse aussi sans doute à une réflexion sur ce qui en général doit avoir lieu, en termes de réponse judiciaire prévue par la loi, quand un certain dommage se produit,

et sur les effets de cette réponse en termes de réparation ou de protection civile par exemple. On insiste souvent moins sur cette partie prospective du droit. Pourtant, les textes de lois peuvent très bien être compris comme des outils pour prévoir les réponses à apporter à certaines situations futures jugées problématiques, en empêchant qu'elles arrivent, ou en dissuadant de les faire arriver, et en prévoyant les mesures qui devront être prises le cas échéant. Certains, comme Benjamin N. Cardozo s'en fait l'écho, vont même plus loin en soulignant que l'interprétation judiciaire des textes doit se faire « dans un sens évolutif ». Il évoque notamment la question de l'interprétation de la constitution. Selon lui, un tel texte « pose, ou devrait poser, non pas des règles pour le présent, mais des principes pour l'avenir », si bien qu'il doit être interprété à la lumière non pas de ce que le législateur a voulu, mais de « ce qu'il aurait voulu s'il avait su ce que serait notre situation actuelle »⁴²⁸. Ainsi, cet aspect prospectif des règles de lois concernerait non seulement le législateur, mais également le juge, et s'appliquerait aussi bien aux textes de lois qu'aux constitutions elles-mêmes. Comme si, en quelque sorte, le temps du jugement était un futur antérieur, toujours à la fois une incursion dans un temps passé à définir – celui des antécédents – et une excursion dans un temps futur indéfini – celui des conséquences.

Le second problème auquel la notion de cause est reliée dans le domaine du droit est celui de la circonscription de la responsabilité juridique des individus. Nous ne pouvons pas être tenus pour responsables de conséquences qui seraient trop éloignées de nos actes, ou qui, par un certain hasard, déviaient de manière involontaire de l'intention initiale de notre acte. Le juge des libertés qui, en accord avec le droit, décide de la remise en liberté d'un détenu, n'est pas responsable du délit que celui-ci pourrait commettre à sa sortie. Ou encore, si l'on, reprend l'exemple de A. Honoré, le médecin qui aurait prescrit une contraception ayant échoué n'est pas responsable du meurtre que l'enfant né de cet échec aurait commis. En revanche, le propriétaire du chien qui, mal attaché, s'échappe et provoque une morsure sur un individu sera déclaré responsable, quoique ce soit involontaire, puisqu'il entre dans sa responsabilité d'avoir tout fait, sans négligence ou maladresse, pour maîtriser son animal. Seules certaines causes peuvent être retenues comme juridiquement pertinentes, sous peine, sinon, d'étendre indéfiniment la chaîne causale des antécédents d'une action, et d'étendre de la même manière la responsabilité juridique, ce qui aurait pour effet de la rendre inopérante. Nous considérons que notre responsabilité n'est pas infinie et le bon sens nous enjoint donc de limiter les causes juridiquement pertinentes desquelles nous avons à répondre. On l'a vu, c'est d'ailleurs ce que Kelsen met en avant comme différence fondamentale entre la relation d'imputation et la relation de causalité. Là où, en théorie, la relation de causalité peut être pensée à l'infini, sans qu'on impose de limite dans

⁴²⁸ Benjamin N. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire*, op. cit., p. 63. Il cite ici Munroe Smith, *Jurisprudence*, New York, Columbia University Press, 1909.

la chaîne des antécédents causaux ou dans celle des conséquences, la relation d'imputation se pense comme une relation finie, qui attribue à un ou plusieurs individus la responsabilité d'un acte dommageable pour lequel une sanction est prévue. Pour ce faire, il faut d'abord que s'impose une certaine lecture d'un événement : un individu signale un crime ou un délit, et on examine si son signalement peut être reçu comme une plainte permettant d'ouvrir une procédure judiciaire, autrement dit, on examine dans quelle mesure les faits constatés et relatés correspondent à des catégories juridiques, comme celles de délit ou de crime, justifiant la mise en branle de l'institution judiciaire. La phase d'enquête permettant d'instruire le dossier, ainsi que celle du procès ont ensuite deux buts : d'abord, établir officiellement un récit causal de l'événement délictueux ou criminel, puis, en fonction de la version retenue, faire émerger une décision judiciaire. Cette dernière a donc pour effet de transformer et de complexifier la relation de causalité en la doublant d'une relation d'imputation qui, en décidant d'éventuelles responsabilités et culpabilités, découpe dans l'espace causal potentiellement infini une chaîne de causes et d'effets finie.

La question est alors de savoir sur quels critères ce découpage de l'espace causal se fait : quelles causes sont retenues comme pertinentes pour rendre compte d'un événement dommageable, quelles causes ne le sont pas, et pour quelles raisons ? D'un point de vue théorique, les réponses à ces questions peuvent varier selon que, sur l'échelle des positions possibles face à ces problématiques, on se situe davantage du côté d'une position maximaliste, qui a tendance à largement ouvrir le champ des causes, ou d'une position minimaliste qui le restreint le plus possible. D'un point de vue pratique cependant, on voit que les lois, quel que soit le choix théorique qu'elles font, jouent déjà un rôle, dans leur formulation même, de restriction du champ causal. En effet, une grande partie des textes de loi est consacrée à énoncer ce qui est considéré comme regardant la loi et susceptible d'être juridiquement traité. Nous ne sommes effectivement juridiquement responsables que de ce qui est prévu dans la loi, et, à moins d'un État à visée totalitaire, aucun système juridique ne prétend ni ne cherche à tout prévoir, normer et encadrer juridiquement.

Ensuite, les acteurs du monde juridique et policier semblent tacitement s'entendre sur certains principes de sens commun et s'appuyer, dans leurs jugements causaux, sur les jugements causaux que nous pratiquons dans la vie courante. Sans cela, aucune version consensuelle des faits ne pourrait voir le jour, et donc aucune décision ne pourrait être prise. Ainsi, selon notre causalité « naïve », pour qu'un individu soit reconnu comme la cause d'un événement, et qu'on l'en estime responsable, on considère qu'il faut que son intervention (ou son absence d'intervention) ait substantiellement modifié le cours des choses, qu'elle soit proche de l'événement dont on dit qu'elle en est la cause, et que la chaîne causale qu'on peut établir entre son intervention et l'événement ne soit pas rompue par d'autres interventions ou événements ayant à leur tour substantiellement modifié le cours des choses.

Par exemple, dans des affaires liées à des faits de surendettement, le droit français permet que les dettes d'un individu puissent être effacées s'il parvient à montrer sa bonne foi, son incapacité réelle à pouvoir honorer ses créances sans l'avoir lui-même provoqué, etc. Mais celui qui arguerait de l'influence ou de l'emprise de la structure économique capitaliste sur sa gestion de son argent et de ses biens n'aurait pas gain de cause. Pourtant, l'influence voire le déterminisme qu'exerce un système social et économique sur le comportement des individus est bien connu, tout comme le fait qu'un monde qui promeut et encourage la (sur)consommation de biens et de services fasse sans conteste partie des causes sociologiques de certains comportements. Chacun reconnaît aisément qu'être incité ne nous dédouane pas, et que la publicité n'achète pas de biens de consommation. La chaîne causale qui permet de relier, dans le cadre de cet exemple, l'état de notre monde social et économique à un comportement de surendettement, n'est pas suffisamment linéaire et resserrée et n'augmente pas assez les probabilités d'être surendetté plutôt que de ne pas l'être (de fait le surendettement ne concerne qu'une faible portion de la population) pour pouvoir motiver une mesure de redressement ou d'effacement des dettes.

Autrement dit, si cette chaîne causale est pertinente d'un point de vue sociologique, où davantage de *causa remota* sont prises en compte dans les processus explicatifs, elle ne l'est pas du point de vue juridique, qui, pour pouvoir établir des responsabilités, se doit de restreindre le champ des causes pertinentes. On rejoint ici l'idée classique défendue par Carré de Malberg selon laquelle le juriste, notamment concernant la création de l'État, doit se cantonner au domaine des causes proches (*causa proxima*), c'est-à-dire des causes effectives, positivement juridiques et immédiatement rattachées à la création, dans les faits, de l'État. Ainsi, de la même manière que le juriste ne se préoccupe pas, du point de vue juridique qui est le sien, des causes profondes de la création de l'État, de même, lorsque le juge rend ses décisions, il ne prend pas en compte les causes profondes auxquelles un acte dommageable peut être rattaché, mais s'en tient à ses causes effectives et immédiates. L'un comme l'autre abandonne à d'autres disciplines – à la sociologie, à l'histoire, etc. – le soin d'enquêter sur les causes éloignées (*causa remota*) des objets qui tombent sous leur jugement, tout en sachant que ces causes profondes, auxquelles les individus n'échappent peut-être jamais totalement, sont très sûrement des éléments centraux pour comprendre les actes des individus, mais ne sont pas directement utiles pour établir des responsabilités et imputer des sanctions.

En conséquence, si le droit a pour but d'aboutir à des résultats justes, à des décisions qui puissent être comprises par les individus, à l'énoncé de normes qui puissent guider de manière cohérente leurs comportements, et de contribuer à préserver le bien-être, la paix et la prospérité d'une société, alors la notion de cause que l'on retient doit être suffisamment mesurée et conforme à nos jugements courants pour ne pas contrevenir à cet objectif. En effet, que serait un monde où le droit

retiendrait une version maximaliste de la causalité et donc de la responsabilité ? Chacun d'entre nous serait écrasé sous le poids d'une responsabilité qui nous dépasserait infiniment et sur laquelle nous n'aurions aucune prise. À l'inverse, un monde où le droit retiendrait une version minimaliste de la causalité et donc de la responsabilité serait-il plus enviable ? Une telle conception aurait tendance à nous exonérer de nos responsabilités, à les diluer dans des processus sociologiques, économiques ou historiques qui nous dépassent, et donc à nous retirer finalement toute capacité à nous déterminer librement puisqu'il n'y aurait plus rien dont nous serions véritablement les auteurs. Chaque système de droit, par l'ensemble des lois qu'il édicte, propose donc une certaine vision de ce qui peut et doit être encadré par le droit et de ce que peut signifier être la cause et le responsable juridique d'un évènement.

On le voit ici, en droit comme dans les autres sciences, la notion de cause semble difficilement contournable, tant elle est ancrée dans nos conceptions si ce n'est naïves, du moins courantes du monde. Les recours qui y sont faits peuvent avoir plusieurs fonctions : attributive, en lien avec la notion de responsabilité, ou encore explicative et prospective. Comme le souligne A. Honoré :

« Il n'y a aucune raison de supposer que le droit, lorsqu'il s'engage dans des enquêtes explicatives, adopte des critères de causalité différents de ceux qui sont utilisés en dehors du droit dans les sciences physiques et sociales et dans la vie courante. Cependant, même dans ce cas, les exigences liées à la notion de preuve peuvent mener à des divergences, par exemple entre ce qui serait considéré comme la cause d'une maladie en médecine et ce qui dans le droit est retenu comme sa cause. Concernant les usages attributifs de la cause, le fait que le droit doive simultanément prendre en compte le sens des termes impliquant des critères de cause mais aussi le but des règles légales et leur statut moral fait de la théorie de la causalité un terrain de débat qui pour le moment ne suscite pas l'assentiment général et a de grandes chances de rester controversé. »⁴²⁹

Comme dans les autres disciplines donc, les usages du concept de cause sont mouvants et dépendent des contextes et des usages. Pour autant, la notion de causalité ne peut pas être dite absolument centrale, car il semble bien que ce soit au prisme de la relation d'imputation, et presque exclusivement à ce prisme, que la relation de causalité y intervient. Ainsi, quand bien même la notion de cause a bel et bien sa place dans le domaine du droit, peut-on pour autant faire du droit une science causale ? Comment concilier la logique de l'imputation, qui résulte d'un acte de volonté n'ayant aucune nécessité causale en lui-même, et celle de la causalité ? Jusqu'à quel point des processus ou des

⁴²⁹ « There is no reason to suppose that the law, when it engages in explanatory inquiries, adopts different criteria of causation from those employed outside the law in the physical and social sciences and in everyday life. However, even there, requirements of proof may lead to a divergence, for example, between what would medically be treated as a cause of a disease and what counts in law as its cause. As regards attributive uses of cause, the fact that the law has to attend simultaneously both to the meaning of terms importing causal criteria and to the purpose of legal rules and their moral status makes the theory of causation a terrain of debate which does not at present command general agreement and is likely to remain controversial. », (nous traduisons), Antony Honoré, « Causation in the Law », in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, art. cit.

raisonnements causaux peuvent-ils avoir leur place dans le monde judiciaire ?

3. Droit et neurosciences : les recherches en neurodroit

Ce sont précisément ces questions que les recherches actuelles en neurodroit posent. On entend par neurodroit – néologisme créé à partir de l'anglais *neurolaw* – l'ensemble des études qui concernent l'utilisation par le droit de techniques ou de savoirs issus des neurosciences, et qui s'intéressent à l'influence qu'exercent les neurosciences sur le droit. Les neurosciences sont en effet actuellement considérées comme des fleurons de la recherche, aussi bien en sciences naturelles qu'en sciences humaines et sociales. On voit ainsi apparaître une multiplicité de domaines d'application pour ces dernières, qui donnent ainsi naissance à autant de nouvelles sciences. Ainsi écrit Pascal Engel :

« Neuropsychologie, neurobiologie, neuroéconomie, neuroéthique, neuroesthétique, neurophilosophie, neurosciences “sociales”, les neurosciences sont partout. Cette ubiquité engendre des enthousiasmes, mais aussi suscite pas mal de scepticismes. Les neuromanes voudraient tout expliquer de ce qui relève de l'esprit humain par les neurones – et en ce sens le modèle de l'esprit comme assemblée neuronale a remplacé celui de l'esprit comme ordinateur, qui fit florès il y a quelques décennies –, et les neurophobes, qui se rétractent à la vue d'une équation comme l'âme selon Musil, dénoncent la maladie des premiers. Mais comme avec Tweedledum et Tweedledee, on doit les renvoyer dos à dos. »⁴³⁰

Qu'en est-il du droit ? Dans quelles disciplines du monde juridique les neurosciences interviennent-elles déjà ou pourraient-elles intervenir ? Sont-elles aussi révolutionnaires que certains de leurs défenseurs veulent le faire croire ? Car, pour fascinantes que soient les études menées dans ce domaine, les projets de synergie entre droit et neurosciences en vue d'utiliser des matériaux issus de ces dernières dans l'exercice de la justice sont loin de remporter une adhésion pleine et entière et suscitent bien au contraire de nombreux débats et de fortes réticences. Ceux-ci sont polarisés entre, d'un côté, ceux qui voient dans le neurodroit un moyen de renouveler de fond en comble notre compréhension du droit et notre manière de rendre justice, et ceux qui y lisent au contraire un réductionnisme simpliste et une mise en danger des libertés citoyennes. Si l'ensemble de la communauté scientifique s'accorde à reconnaître un véritable intérêt aux programmes de recherche actuellement menés en neurosciences en lien avec des questions juridiques (étude des processus décisionnels et des biais affectant les prises de décision des juges professionnels et des jurés, étude

⁴³⁰ Pascal Engel, « Neuromanie et neurophobie », in *La Nouvelle Quinzaine Littéraire*, n°1120, 16 janvier 2015.

des affections neurobiologiques des grand criminels, ou encore évaluation de la véracité et de la fiabilité des témoignages), celle-ci fait appel à la plus grande prudence et à un principe de précaution quant aux conclusions hâtives qui pourraient en être tirées. Citons par exemple la mise en garde sévère que la revue *Nature Neuroscience* adresse, dans l'un de ses éditoriaux⁴³¹, à l'endroit de ceux qui useraient trop facilement des résultats des études neuroscientifiques récemment menées ou des techniques de neuroimagerie pour soutenir des verdicts de culpabilité. Elle rappelle que ces techniques doivent être encore largement éprouvées et améliorées, et qu'il est bien peu prudent de s'appuyer sur elles pour prendre des décisions judiciaires. La revue s'élève ainsi de la décision prise en juin 2008 par une cour de justice indienne, de condamner une jeune femme pour meurtre, et donc à la prison à vie, sur la foi d'enregistrements de l'activité électrique de son cerveau, qui auraient révélé une connaissance des faits que seul le meurtrier pouvait détenir⁴³². Elle s'insurge également contre la commercialisation, aux Etats-Unis, de techniques de détection de mensonges, et le lobbying que certaines entreprises américaines font auprès des cours de justice pour y introduire leurs procédures, et rappelle que ces dernières offrent une marge d'erreur oscillant entre 15 et 30 %, totalement incompatible avec un exercice respectable de la justice. Elle conclut à la nécessité d'entretenir la plus grande circonspection à l'égard d'instruments qui n'en sont en réalité qu'à leurs premiers balbutiements.

En particulier, les avancées récentes en neurosciences et leurs utilisations potentielles dans le domaine du droit nous interrogent sur le poids de ces faits et de ces données sur les décisions des juges. À l'instar des avis des experts psychiatres par exemple, les neuroscientifiques sont en passe de pouvoir attester de certains faits qui peuvent avoir de lourdes conséquences sur la lecture et la réponse à donner à certaines situations juridiques. Si des faits neurologiques peuvent être retenus comme des preuves, au-delà des discours et des comportements observables des prévenus par exemple, cela signifie qu'un nouveau type de contrainte vient s'ajouter aux différentes contraintes qui pèsent déjà sur les chaînes de décisions des juges. Dans quelle mesure un juge peut-il écarter une preuve de ce type ? Peut-il par exemple tenir pour vrai un témoignage qu'un détecteur de mensonges aurait invalidé ? Car s'il le peut en théorie, en pratique, ce type de preuve aura peut-être tendance à emporter le jugement. Ainsi, le progrès de nos connaissances en neurosciences, et en particulier concernant la relation des prévenus à leur propre action, peut avoir une incidence très forte sur les décisions

⁴³¹ *Nature Neuroscience*, « Deceiving the Law », vol. 11, n°11, novembre 2008, p.1231.

⁴³² Lorsque l'éditorial de *Nature Neuroscience* pré-cité paraît, on ne connaît pas encore les suites judiciaires de cette affaire : or, en décembre 2008, la Haute Cour de Bombay prononce une libération sous caution de cette jeune femme, certaines preuves (notamment la possession d'arsenic) centrales dans son accusation étant jugées non recevables. Finalement, en mai 2010, la Cour Suprême l'Inde déclare illégal et anticonstitutionnel le recours à des techniques d'imagerie cérébrale dans le cadre de procédures judiciaires.

judiciaires qui mérite d’être étudiée.

a. De l’usage des neurosciences à titre de preuve judiciaire

L’un des points les plus âprement discutés concerne l’application de techniques neuroscientifiques aux prévenus du droit, dans le cadre de procédures judiciaires visant à établir des verdicts de culpabilité et/ou visant à évaluer le degré de responsabilité – ou d’irresponsabilité – des individus jugés coupables. Cela renvoie principalement à l’utilisation de la neuroimagerie à titre d’élément – voire de preuve judiciaire – dans un procès, pour confondre un individu, attester d’un dysfonctionnement cérébral, d’une lésion, ou arguer d’une éventuelle absence de discernement ou d’incapacité à se contrôler. Il y a donc une grande variété des usages potentiels de l’imagerie cérébrale, puisqu’on peut envisager d’y avoir recours dans une optique répressive, ou bien préventive, ou encore pour répondre à une visée thérapeutique. Concernant ces diverses utilisations, il n’existe pas en France de véritable consensus, même si pour le moment, c’est plutôt une certaine méfiance du monde juridique qui semble prévaloir :

« Si l’exploitation de la neuroimagerie dans les cours de justice est encore loin d’être une réalité en France, elle se développe toutefois dans d’autres pays, à l’image des Etats-Unis, en suscitant des avis divergents. Pour les uns il pourrait s’agir du “nouvel ADN”. Pour les autres, ce serait soit une illusion, soit un facteur menaçant certains principes fondamentaux de la procédure judiciaire. »⁴³³

Précisons par ailleurs que si la révision de la loi de bioéthique du 07 juillet 2011 permet effectivement que les techniques de neuroimagerie puissent intervenir dans le cadre judiciaire à des fins d’expertise, elle conditionne étroitement cette utilisation, et ne permet en aucun cas qu’elles puissent être considérées comme des preuves ultimes dans le cas d’un procès contradictoire. Ainsi, on trouve écrit dans l’article 16-14 de notre *Code Civil* :

« Les techniques d’imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu’à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d’expertises judiciaires, à l’exclusion, dans ce cadre, de l’imagerie fonctionnelle cérébrale. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l’examen, après qu’elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l’examen. Il est révocable sans forme et à tout moment. »⁴³⁴

Une grande partie des développements des neurosciences en lien avec le droit concernent la criminologie et par conséquent le droit pénal, et se centrent ainsi souvent, de manière assez

⁴³³ Olivier Oullier et Sarah Sauneron, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », Centre d’analyse stratégique, note d’analyse n°282 – septembre 2012, p.1. En ligne : <http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/le-cerveau-et-la-loi-ethique-et-pratique-du-neurodroit-note-danalyse-282-septembre-2012.html> (consulté le 20 Juin 2022).

⁴³⁴ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, art. 45, modifié par la Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, art. 18.

spectaculaire, sur la personnalité de l'accusé en vue de l'avènement d'une vérité judiciaire⁴³⁵. Le fait que des crimes qui défraient la chronique suscitent une forme de fascination n'est pas nouveau. L'incompréhension, l'inquiétude et l'effroi auxquels ils donnent naissance jouent également un rôle fondamental dans cet intérêt porté aux grandes affaires criminelles (qui représentent pourtant un faible pourcentage de cas, au regard du nombre d'affaires de justice traitées). Il révèle également notre besoin d'explication, de sens donné à ce qui semble confiner à l'absurde, et notre tendance à considérer qu'un individu « normal » ne peut pas commettre des crimes aussi sordides, qu'on qualifie à l'envi de sauvages ou de barbares, renvoyant par-là leurs auteurs à leur prétendue inhumanité. En outre, les affaires criminelles dans lesquelles on a tendance à faire appel à des preuves d'origine neuroscientifiques sont aussi des affaires dans lesquelles les verdicts prononcés engagent des peines extrêmement lourdes, voire fatales dans les pays qui pratiquent la peine capitale. L'attrait pour des preuves qui ne seraient pas seulement judiciaires, mais aussi scientifiques, est alors très vif, car cela offrirait un moyen de nous garantir du spectre de l'erreur judiciaire. Certains chercheurs en neurosciences, parmi les plus enthousiastes, prétendent en effet que l'utilisation de nos connaissances en neurosciences permettrait de mieux établir la vérité judiciaire, de motiver les décisions judiciaires sur des bases plus justes et plus vraies, et qu'elle constituerait un réel progrès, notamment en termes de prévention des crimes et des conduites récidivistes, et d'élimination des erreurs judiciaires. La prise en compte du savoir neuroscientifique entraînerait de plus une refonte souhaitable de la manière dont on envisage en général les comportements déviants par rapport à la loi, et la question de la responsabilité. Cela conduirait plus largement à penser une refonte de notre conception du droit et de notre théorie générale du droit.

Pour mieux comprendre cette position, partons de deux exemples, et des réflexions qu'ils peuvent susciter. On les trouve sous la plume de David M. Eagleman⁴³⁶, dont l'un des objectifs est de montrer en quoi les neurosciences pourraient être à même d'éclairer et d'améliorer – voire de transformer – nos jugements en droit, et donc de défendre la nécessité de leurs applications dans le

⁴³⁵ Pour approfondir ces questions dans le contexte français, on peut aussi consulter : « Actes du séminaire : Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des neurosciences dans le cadre des procédures judiciaires », Centre d'analyse stratégique, 2009, en ligne : <http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/actes-du-seminaire-perspectives-scientifiques-et-legales-sur-l-utilisation-des-neurosciences.html> ; Victor Geneves et Laura Pignatel, « État de l'art – Droit et neurosciences », rapport de recherche Mission Droit et Justice, 2016, en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/droit-et-neurosciences/> ; Hélène Gaumont-Prat et Marie Prat, *Bioéthique et droit : les neurosciences et l'encadrement de l'imagerie cérébrale*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, « essentiel », 2015. Pour le contexte anglo-saxon, on peut citer, sans viser à être exhaustif : Owen D. Jones, Jeffrey D. Schall, Francis X. Shen, *Law and neuroscience*, New York, Wolters Kluwer Law and Business, « Aspen Casebook Series », 2014 ; Michael S. Pardo et Dennis Patterson, *Minds, Brains, and Law : The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, New York, Oxford University Press, 2013.

⁴³⁶ David M. Eagleman est professeur associé à l'université de Stanford, il écrit fréquemment pour le *New York Times* et est l'auteur de nombreux livres sur les neurosciences ayant eu un succès populaire. Il dirige également le *Center for Science and Law*, à Houston, dont on peut consulter le programme de recherche sur le site : <http://scilaw.org>

domaine juridique. D'autres auteurs conduisent des argumentations très proches, comme Owen D. Jones⁴³⁷, ou encore Joshua D. Greene⁴³⁸, ou Jonathan D. Cohen⁴³⁹. Il nous paraît cependant intéressant de nous centrer sur les travaux de D. M. Eagleman, dans la mesure où il fait partie des chercheurs sollicités par le gouvernement français pour faire un état des lieux des recherches en neurodroit⁴⁴⁰. Pour défendre ses thèses, il s'appuie sur un premier cas, devenu classique, celui de Charles Whitman, qui, dans la ville d'Austin au Texas, en août 1966, assassina sa femme et sa mère, puis tua 13 personnes et en blessa 33 autres lors d'une fusillade avant d'être abattu par la police. La particularité de ce cas est que C. Whitman, avant de commettre sa fusillade à l'aveugle, a laissé une lettre évoquant son suicide, où il explique avoir tué sa femme et sa mère le matin même, et ne pas comprendre ce qui lui arrive et ni pourquoi il les a tuées. Il admet n'avoir aucun motif, mais se plaint d'avoir, depuis quelques temps, des pensées irrationnelles. Il demande également, dans cette lettre, à ce qu'une autopsie de son cerveau soit pratiquée, soupçonnant que quelque chose en lui ait brusquement changé. L'autopsie eut lieu et révéla une tumeur importante dans la région du thalamus, ayant débordé sur l'hypothalamus et comprimé la région de l'amygdale. On sait que cette région de notre cerveau est impliquée dans la régulation de nos émotions, en particulier la peur et l'agressivité, et que les lésions de cette dernière semblent perturber de manière importante nos comportements émotionnels et sociaux (absence d'émotions, ou au contraire très forte agressivité, etc.). Qu'en conclut D. M. Eagleman ? Dans le cas de C. Whitman, tout porterait à croire qu'effectivement, le développement de cette tumeur cérébrale serait – du moins en partie – à l'origine de ses actes, puisque ses crimes semblent sans motif, tant à ses yeux qu'aux yeux de son entourage, qu'il les ressent comme étrangers à lui-même, comme provoqués par une force incontrôlable. Il serait alors justifié d'établir un lien fort – un lien causal ? – entre la conduite hors norme de C. Whitman et le dysfonctionnement anatomique et fonctionnel occasionné par l'apparition de la tumeur et par les lésions à l'amygdale qu'elle a

⁴³⁷ Owen D. Jones est professeur à la faculté de droit de la Vanderbilt University, dans le Tennessee. Il a créé et dirigé le programme de recherche *Research Network on Law and Neuroscience*, en lien avec la fondation John D. and Catherine T. MacArthur, qui a investi à son lancement en 2007 pas moins de 10 millions de dollars, dans l'ambition d'établir un véritable pont entre le monde du droit et celui des neurosciences. On peut, à cet effet, consulter le site : <http://www.lawneuro.org>, ainsi que l'ouvrage de Stephen J. Morse et Adina L. Roskies, financé en partie par la Mac Arthur Foundation : *Primer on Criminal Law and Neuroscience : A Contribution of the Law and Neuroscience Project*, New York, Oxford University Press, Oxford Series in Neuroscience, « Law and Philosophy », 2013.

⁴³⁸ Joshua D. Greene est professeur de psychologie à l'université de Harvard et membre du *Research Network on Law and Neuroscience*.

⁴³⁹ Jonathan D. Cohen est professeur de psychologie et chercheur à l'institut des neurosciences de l'université de Princeton.

⁴⁴⁰ Voir le chapitre écrit par David M. Eagleman, « Pourquoi les sciences du cerveau peuvent éclairer le droit », dans le dossier « Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit », coordonné par Olivier Oullier, Centre d'analyse stratégique, document de travail n°2012-07, p. 33-51, en ligne : <http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/document-de-travail-2012-7-le-cerveau-et-la-loi-analyse-de-l-emergence-du-neurodroit.html>. Ce chapitre est une adaptation de son ouvrage *Incognito. The secret Lives of the Brain*, New York, Pantheon Books, 2011. On peut également consulter ses très nombreux articles, parus dans diverses revues scientifiques, comme par exemple « Neuroscience and the Law », in *Houston Lawyer* 16(6), mars/avril 2008, p. 36-40.

entraînées.

Le second cas est celui d'un homme d'une quarantaine d'années, que D. M. Eagleman nomme Alex, qui se met subitement à développer des tendances pédophiles obsessionnelles, et dont le comportement change également subitement, jusqu'à faire des avances à sa belle-fille pré-adolescente. Sa femme le découvre, découvre également ses préoccupations (magazines, etc.). Il est jugé pour pédophilie, et contraint à suivre un programme de réhabilitation qui échoue. Alors qu'il devait entrer en détention, des maux de tête de plus en plus violents l'affectent. Il est emmené à l'hôpital et les examens révèlent là encore une tumeur qui lui est alors retirée. Dès après l'opération, ses tendances pédophiles disparaissent totalement. Quelques mois après, ces dernières refont surface. De nouveaux examens cérébraux sont menés et montrent que l'ablation de la tumeur n'avait pas été complète et qu'elle était en train de se reformer. La nouvelle tumeur fut retirée et les comportements pédophiles disparurent à nouveau. Qu'en tire, là encore, D. M. Eagleman ? S'appuyant sur le parallélisme patent entre la présence de la tumeur et celle de comportements pédophiles, il affirme l'existence d'un lien entre l'anatomie de notre cerveau, ses fonctionnalités et nos conduites, et ajoute :

« Ce qu'il faut retenir des cas de Whitman et d'Alex est que lorsque des modifications d'ordre biologique interviennent à l'intérieur de nos corps, cela peut avoir des influences sur nos envies, voire sur les décisions que nous prenons. Des caractéristiques nous concernant, que nous considérons comme immuables (« Je suis hétérosexuel / homosexuel », « Je suis attiré par les enfants / par les adultes », « Je suis agressif / non-agressif », etc.) vont dépendre de notre fonctionnement neuronal. Bien qu'il soit généralement admis que l'expression de telles caractéristiques de notre personnalité résulte de nos choix, de plus en plus de travaux scientifiques tendent à montrer les limites d'une telle croyance. »⁴⁴¹

Cette dépendance qu'il y aurait entre nos conduites, nos actions, nos décisions d'une part et notre fonctionnement neuronal d'autre part est, pour un neuroscientifique comme D. M. Eagleman, une donnée de départ indépassable :

« Le cœur du problème est que cela n'a plus de sens de se demander : “Dans quelle mesure était-ce sa biologie et dans quelle mesure était-ce lui ?”. La question ne fait plus sens car nous savons que ces deux questions sont les mêmes. Il n'y a pas de différence significative entre la biologie et les décisions qui sont prises. Elles sont inséparables. »⁴⁴²

Si l'on s'inscrit dans cette veine, les conséquences concernant le droit sont alors majeures. D'après D. M. Eagleman, les systèmes juridiques actuels reposent sur le préjugé fondamental que les individus disposent de libre-arbitre, et que s'ils dévient de ce qui est prévu par la loi, c'est par un acte de volonté

⁴⁴¹ David M. Eagleman, « Pourquoi les sciences du cerveau peuvent éclairer le droit », in « Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit », *art. cit.*, p. 35.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 43.

qui entraîne la culpabilité et mérite alors d'être condamné. C'est précisément ce qu'il remet en cause. Car, explique-t-il, pour prouver la culpabilité d'un individu, il faudrait démêler l'indémêlable, séparer ce qui est inextricablement lié, à savoir la décision et le biologique duquel émane cette décision.

Par voie de conséquence, « bien juger » d'un individu ne peut alors pas reposer sur une prise en compte dissociée des décisions qu'il prend et de sa biologie, si bien que penser convenablement le droit demanderait d'abandonner la question de la culpabilité – et son revers, la question de notre liberté – jugée « passéiste ». Il faudrait plutôt se demander, dès lors qu'une déviance, une infraction, un crime ou un délit a été constaté : que faire de son auteur ? comment l'empêcher de récidiver ? La fonction attributive du droit serait alors mise de côté au profit d'une manière plus prospective de penser le droit. Plus concrètement, cela signifie que les mesures prononcées en cas d'infraction, de délit ou de crime pourraient – voire devraient – se fonder sur un diagnostic neurobiologique visant à personnaliser les condamnations pour les rendre plus justes et plus efficaces. Cela conduirait le plus souvent à penser des alternatives à la détention, sous la forme notamment d'entraînements neuronaux lors desquels il s'agirait d'inciter les individus à emprunter certains chemins neuronaux plutôt que d'autres, ou de soins médicaux destinés à rendre les individus davantage capables de résister à leurs pulsions, envies ou désirs socialement condamnables. Ces « solutions », qui comptent sur la plasticité du cerveau et la possibilité d'établir ou de rétablir des connexions neuronales « normales », en sont à leurs balbutiements, mais pourraient, d'après D. M. Eagleman, révolutionner notre manière de considérer le droit et la justice.

Le type de raisonnement que nous venons d'exposer pose de multiples problèmes. Ici, on le reconnaît sans peine, la position de D. M. Eagleman, quoique représentative d'une portion des chercheurs en neurodroit, fait preuve d'un naturalisme réductionniste fort et s'embarrasse peu de scepticisme. Dans le même rapport commandé au Centre d'analyse stratégique que celui où s'exprime D. M. Eagleman, on trouve des propos beaucoup plus précautionneux quant aux perspectives qu'ouvrent les neurosciences concernant le droit. En effet, O. Oullier, qui coordonne cette synthèse sur l'émergence des neurosciences dans le droit, s'il affirme qu'« on ne doit plus, désormais, considérer le comportement humain indépendamment des connaissances de neurobiologie », et que celles-ci peuvent effectivement contribuer à mieux comprendre les comportements des individus jugés, insiste également pour dire qu'« il n'existe pas de lien direct et univoque entre l'activité de quelques millimètres cubes de matière cérébrale et une conduite humaine complexe, qu'elle soit pro- ou antisociale »⁴⁴³. Chercher à rendre compte de l'activité de notre cerveau – ce qui est loin d'être

⁴⁴³ Olivier Oullier, « Le neurodroit en perspective », in « Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit », *art. cit.*, p. 179.

une tâche accomplie – ne vise pas à rendre compte de manière absolue du fonctionnement cérébral et comportemental de l'individu. Ainsi précise-t-il :

« Des données de neurosciences, aussi précises et fiables deviendront-elles, n'auront de sens dans la quête d'une meilleure compréhension du comportement humain qu'à la condition qu'elles soient contextualisées et complétées, voire confrontées à des données collectées à d'autres niveaux d'analyse (psychologique, historique, sociologique et économique notamment). »⁴⁴⁴

Il s'agit alors d'insister sur l'importance de cette contextualisation, afin de rompre avec une certaine vision des neurosciences, qui tend vers un réductionnisme biologique grossier. Comme le rappelle Jean-Pierre Changeux, « en France, la métaphore biologique a mauvaise presse, sans doute parce qu'elle rappelle de graves détournements idéologiques et politiques d'exclusions réalisés outrageusement en son nom »⁴⁴⁵. Il faut donc patiemment et minutieusement souligner que les neurosciences ne doivent être prises que pour ce qu'elles sont, à savoir un niveau d'analyse parmi d'autres. Même si leurs résultats exercent sur nous une certaine fascination par l'apparente simplicité avec laquelle ils se présentent parfois – pensons à la tumeur de C. Whitman qui semble donner une explication complète d'actes initialement incompréhensibles –, il faut prendre garde de s'en satisfaire. Cela ne correspond de toute manière pas au projet des neurosciences elles-mêmes. En effet, précise Jean-Pierre Changeux, l'entreprise de naturalisation dans laquelle nous emmènent les neurosciences « ne consiste en aucun cas à réduire l'homme social à un automate génétiquement déterminé, acculturé, sans histoire, et dénué de toute sympathie et compassion, bien au contraire »⁴⁴⁶. L'homme neuronal n'est pas exclusif de l'homme social. Quelles que soient leurs ambitions et leurs capacités à les réaliser, les neurosciences ne sont ni l'horizon ni la pierre angulaire de *toute* explication de l'homme, que ce soit dans le domaine judiciaire ou dans un autre domaine. Au contraire peut-être, et en particulier dans le domaine judiciaire où sont en jeu notre responsabilité, notre liberté, et parfois notre sécurité, nous avons tout intérêt à privilégier une vision non absolutiste de l'homme et de ses prises de décisions, et à encourager une approche en « millefeuille ». En effet, l'impartialité et la qualité des jugements rendus ne sont-elles pas d'autant plus protégées que se succèdent, dans l'enquête, dans le dossier d'instruction ou au prétoire une pluralité de points de vue, obligeant chacun à argumenter, expliquer, compléter et justifier sa position ? Que serait un procès où seul le neurobiologiste aurait quelque chose à dire ? Ne s'est-on pas inquiété, ou ne s'inquiète-t-on pas, parfois, de l'ampleur que peut prendre la parole du psychiatre ou du psychologue dans certaines procédures ? Peut-on laisser à *un* discours le soin de dire toute la vérité ?

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 180.

⁴⁴⁵ Jean-Pierre Changeux, *Du vrai, du beau, du bien. Une nouvelle approche neuronale*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 41

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 41-42.

Il nous faut également nuancer l'aspect révolutionnaire que semblent revêtir les neurosciences. Bien évidemment, les neurosciences et les tentatives pour les appliquer au domaine du droit constituent sans conteste une nouveauté, au sens où les techniques qu'elles mettent en œuvre et certains des résultats auxquels elles conduisent sont tout à fait inédits. En revanche, il n'est pas sûr que les questions morales, éthiques et juridiques qu'elles posent soient foncièrement nouvelles. On se préoccupe, avec raison, de l'éventuelle dangerosité que pourrait entraîner l'utilisation d'images cérébrales dans les procédures judiciaires et du *mind-reading*, qui consisterait à lire à l'intérieur de l'esprit, en se fondant sur des images de cerveau, la culpabilité des individus, leurs émotions, ou de vérifier la fiabilité de leur témoignage. On ne saurait nier, en effet, leur caractère intrusif, et le fait qu'elles tendent à placer sur le même plan ce qui est de l'ordre de la pensée et de l'action. Mais quelle différence, sur le plan juridique et éthico-moral, avec les questions que l'on peut se poser, par exemple, concernant le caractère intrusif et contraignant d'une hospitalisation d'office, d'une mesure de placement ou d'éloignement pour un enfant dans le champ de la protection ?

Un auteur comme Stephen J. Morse⁴⁴⁷, versé dans les recherches en neurodroit, le souligne dans l'un de ses articles consacrés à la neuroprediction⁴⁴⁸, c'est-à-dire à la formulation de prédictions concernant par exemple la dangerosité présumée d'un individu ou son potentiel de récidive, sur la base de données issues d'observations du cerveau ou du système nerveux. Il rappelle que la question de la prédiction n'est pas propre aux neurosciences et qu'elle se pose pour bon nombre d'autres sciences (médecine classique, sociologie, etc.). Pour lui, les techniques qui en sont issues et les prédictions qu'elles permettent de faire sont à traiter de la même manière que les prédictions issues d'autres techniques, comme la génétique ou l'observation clinique du comportement des individus. Comme ces autres techniques, afin d'être acceptable, elle doit répondre aux mêmes questions : quelle marge d'erreur implique-t-elle ? Cette marge est-elle acceptable, plus compétitive qu'une autre méthode ? Quel résultat obtient-on lorsque l'on fait la balance des résultats apportés et des coûts supportés, sachant que par coût, on peut entendre l'aspect financier mais également politique, éthique et moral ?

Les exemples que convoque D. M. Eagleman sont séduisants, notamment quant au renouvellement du questionnement juridique qu'ils permettent d'envisager, mais peut-être pas si révolutionnaires qu'ils pourraient sembler. Ajoutons par ailleurs que les différents cas qui alimentent sa réflexion présentent à chaque fois un caractère suffisamment exceptionnel pour nous garder d'en

⁴⁴⁷ Stephen Jay Morse est professeur de psychologie, de droit et de psychiatrie à l'université de Pennsylvanie et membre du *Research Network on Law and Neuroscience*.

⁴⁴⁸ Stephen J. Morse, « Neuroprediction : New Technology, Old Problems », in *Bioethica Forum*, vol. 8, University of Pennsylvania Law School, Public Law Research Paper n° 16-1, 2015, p. 127-130.

tirer des conclusions générales⁴⁴⁹, et que plusieurs zones d'ombre et insuffisances peuvent être relevées dans les raisonnements qu'ils suscitent. En effet, à lire le récit de ces cas, on est parfois tenté de faire des parallèles avec, en d'autres temps, la phrénologie, la craniométrie, ou la physiognomonie qui ont inspiré certaines thèses en criminologie comme celles de Cesare Lombroso, ou dans une moindre mesure, celles de Gabriel Tarde ou d'Alexandre Lacassagne, dont on connaît les limites. D. M. Eagleman, en suivant la piste d'une signature neurale du meurtre ou de la pédophilie, ne prend peut-être pas assez en compte les conséquences morales et politiques qui découlent du fait de penser une personnalisation des peines ou des programmes de prévention à partir de critères biologiques. En revanche, il soulève des questions intéressantes concernant les différences que présentent les individus, les uns par rapport aux autres, et qui, à son sens, mériteraient d'être davantage prises en compte au sein des différents systèmes pénaux, qui en général partent plutôt du principe d'un outillage cérébral commun.

Il est également utile de remarquer que les exemples qui sont convoqués par D.M. Eagleman et les conclusions qu'il en tire se fondent le plus souvent sur des dysfonctionnements anatomiques et/ou fonctionnels clairement repérables. Or, ce parti-pris ne va pas de soi. Comme le rappelle Ricœur dans son entretien avec Jean-Pierre Changeux, l'analyse de la dysfonction de certaines zones de notre cerveau nous donne bien évidemment des données sur le « fonctionnement heureux »⁴⁵⁰ rempli par chacune de ces zones. Mais cette perspective a tendance à simplifier notre compréhension. Bien sûr, nous voyons avec nos yeux, mais voir quelque chose ne se réduit pas à recevoir une impression rétinienne qui disparaît si nous avons les yeux crevés, et implique par exemple un apprentissage, une expérience, pour discerner certaines formes. Autrement dit, il n'y a pas que les yeux qui entrent dans la réalisation du phénomène de la vision, or l'analyse par la dysfonction – les yeux crevés – pourrait le laisser supposer.

De même, si l'on accorde à la thèse matérialiste que notre activité mentale et comportementale est la résultante causale des événements physiques de notre cerveau, cela suffit-il à rendre compte de nos conduites ? Comme le dit bien S. J. Morse : « les cerveaux ne commettent pas de crimes, mais les personnes, oui »⁴⁵¹. Ainsi, dans le cas Whitman, la localisation particulière de sa tumeur cérébrale

⁴⁴⁹ À propos du cas d'« Alex » qui montre une forme de pédophilie par intermittence, en fonction de l'apparition et de la disparition d'une pathologie tumorale cérébrale, et sur lequel se fonde D. M. Eagleman, on peut lire l'analyse qui en est faite dans l'article suivant : Walter Sinnott-Armstrong, Adina Roskies, Teneille Brown et Emily Murphy, « Brain Images as Legal Evidence », in *Episteme*, vol. 5, issue 3, octobre 2008, p. 359-373. Voici ce qu'en concluent les auteurs : « Ce qui est étonnant concernant ce cas, c'est surtout à quel point il est inhabituel. Presque aucun autre cas ne rapporte de lien explicite entre une déviance sexuelle et une lésion au lobe frontal. » (« What is striking about this case is how unusual it is. Almost no other reported cases explicitly relate sexual deviance to frontal lobe damage. », p. 365, nous traduisons).

⁴⁵⁰ Jean-Pierre Changeux, Paul Ricœur, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 63

⁴⁵¹ « brains do not commit crimes ; people commit crimes. » (Nous traduisons). Propos recueillis et cités par Jeffrey Rosen, « The Brain on the Stand », *art. cit.*, p. 9 :

a très plausiblement un rôle dans son morbide passage à l'acte. Mais on peut douter que l'ensemble des actions complexes et préméditées qui y ont présidé en soient le seul fait, et il n'est pas inutile de remarquer que tous les porteurs d'une tumeur identique ne sont pas des assassins. D. M. Eagleman, lorsqu'il analyse ce cas, accorde beaucoup de poids aux écrits de Whitman – qui signale pourtant lui-même son manque de rationalité – et au fait qu'il se sente comme dépossédé de lui-même. En revanche, il en accorde très peu, par exemple, à une recherche plus scrupuleuse sur l'histoire de cet homme, ses rapports avec les femmes qu'il a tuées, ou encore sur le contexte américain concernant les armes à feu et la facilité avec laquelle il est possible de s'en procurer.

Ici, il semble bien que l'explication neurobiologique seule ne suffise pas à rendre compte d'un geste qui nous paraît si insensé. Dans son article « Brain and Blame »⁴⁵², S. J. Morse en fournit ainsi une tout autre lecture. Il ne doute pas du fait que la tumeur de Whitman ait pu avoir une incidence très forte sur ses humeurs et ses émotions, en particulier son agressivité et sa colère. Mais la colère, si elle est bien une des causes possibles voire probables de son comportement, n'est pas, selon lui, une excuse à sa responsabilité. Tous les individus ressentent de la colère, pour des raisons différentes, liées à leur passé, leur système neurologique, leur environnement. Cette colère peut évidemment jouer un rôle dans des passages à l'acte violents, mais dans nos systèmes judiciaires actuels, elle n'est pas considérée comme un motif excluant notre responsabilité. Ainsi pour S. J. Morse, quand bien même nous tiendrions pour acquis que Whiteman n'aurait pas commis de crimes s'il n'avait pas été atteint par sa tumeur – ce qui renvoie au raisonnement de la « But-for theory » –, ce n'est pas de cette cause-là que dépend la question de sa responsabilité, mais des raisons qui président à son action. Toute action humaine dépend en partie de causes déterminantes sur lesquelles les individus n'ont aucune possibilité de contrôle, comme par exemple le patrimoine génétique ou la manière dont chacun de nous a été élevé. Il souligne ainsi l'importance des déterminismes qui pèsent sur l'action de tout individu. Bien sûr, si Whiteman n'avait pas eu de tumeur, il n'aurait sûrement pas commis de crimes. Bien sûr, si personne n'était passé au moment où il ouvrait le feu, aucun mort n'aurait été à déplorer. On pourrait ainsi énoncer encore beaucoup de causes ayant joué un rôle déterminant – des « but-for causes » – dans les tueries qu'il a commises. Concernant Whiteman, conclut S. J. Morse, on peut sûrement dire de lui qu'il a été en quelque sorte victime d'un hasard biologique cruel, mais :

« À moins que l'agent soit irrationnel ou que son comportement soit contraint, il n'y a aucune raison de l'excuser simplement parce qu'un malencontreux hasard prenant la forme d'une pathologie biologique a joué un rôle causal dans son action. Une cause n'est jamais qu'une cause. Elle n'est pas par elle-même une excuse. »⁴⁵³

⁴⁵² Stephen Jay Morse, « Brain and Blame », in *Georgetown Law Journal*, vol. 84, n°3, février 1996, p. 527-549.

⁴⁵³ « But unless the agent is irrational or the behavior is compelled, there is no reason to excuse the agent simply because bad luck in the form of biological pathology played a causal role. A cause is just a cause. It is not per se an excuse. » (Nous traduisons), *ibid*, p. 537.

Ainsi, de manière plus générale, il faut sans doute être plus précautionneux dans le passage qui s'effectue entre, d'une part, le plan des processus et des phénomènes réels à l'œuvre, et, d'autre part, celui de nos descriptions et de nos explications de ces mêmes phénomènes. Passer par exemple du constat neurologique de la présence d'une tumeur au constat psychique de l'accroissement de l'anxiété, de la colère, et d'une tendance à un comportement antisocial n'est pas si aisé. Il n'est peut-être même pas possible de traduire l'un par l'autre. En ce sens, cette remarque de Ricœur, adressée à Jean-Pierre Changeux, peut utilement nous servir de garde-fou :

« Mes réserves ne concernent aucunement les faits que vous articulez, mais l'usage non critique que vous faites de la catégorie de causalité dans le passage du neuronal au psychique. C'est une question de savoir s'il est possible d'étendre le discours de la corrélation du plan sémantique au plan ontologique, celui des explications ultimes. »⁴⁵⁴

On pourrait tout à fait adresser cette réserve à ceux qui, à l'instar de D. M. Eagleman, articulent peut-être un peu trop hâtivement le plan neuronal et le plan décisionnel, et rappeler que cette articulation demeure encore une *question*, et n'est pas une donnée *a priori*. Ce qui est en question, c'est l'éventuelle connexion que l'on peut établir entre événements physiques, événements mentaux et raisons d'agir. C'est notamment cette interrogation qui se situe au cœur du débat entre intentionnalistes et causalistes, comme on a pu le voir avec les théories de Davidson, et les réserves qu'elles soulèvent. Davidson lui-même, alors qu'il s'attache à rabattre les explications intentionnalistes sur des explications causales traditionnelles, souligne la difficulté qu'il y a à passer d'un plan d'explication à un autre, et notamment de passer du plan de la description des événements physico-chimiques de notre cerveau à celui qui relève d'une description psychologique. C'est en ce sens qu'il insiste pour séparer, d'un côté, le niveau de l'analyse des actions proprement dites, lorsqu'elles sont entendues et décrites comme des événements physiques reliés causalement à des événements mentaux entendus comme des raisons d'agir, et de l'autre le niveau de la description de chacun de ces événements et de la relation d'explication qui les unit, et qu'il affirme que s'il y a bien une relation causale entre nos actions et nos raisons d'agir, il n'y en a pas forcément entre la description causale de l'action en terme de raison d'agir et l'action elle-même. Cette séparation est nécessaire pour ne pas donner faussement l'illusion que les descriptions faites dans un jeu de langage psychologique puissent parfaitement épouser les descriptions faites dans un jeu de langage neurologique par exemple. C'est ce qu'il y a d'extrêmement captieux dans les réductions que l'on peut être tenté de faire entre, par exemple, des comportements criminels et un état pathologique du cerveau. Or, il faut se souvenir qu'il n'y a pas, en l'état actuel des choses, de concordance terme à

⁴⁵⁴ Jean-Pierre Changeux, Paul Ricœur, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, op. cit., p. 60.

terme ou de traduction parfaite de l'un à l'autre, et qu'il est possible que des événements physiques identiques ne provoquent pas toujours les mêmes événements mentaux, ou que des événements mentaux identiques puissent être liés à des événements physiques différents, ce qui ôterait alors la possibilité d'établir une relation causale univoque de l'un à l'autre.

C'est à cette distinction fondamentale entre différents points de vue – en l'occurrence celui du droit et celui de la science – que Nigel Eastman et Colin Campbell consacrent un article⁴⁵⁵ tout en nuances et en questionnements. Ces auteurs partent du constat qu'aujourd'hui, les recherches sur la violence humaine sont à la mode, de même que les tentatives pour donner à ce phénomène des explications neurobiologiques. Cette perspective scientifique sur les comportements violents pose selon eux plusieurs questions. D'abord, dans quelle mesure est-il possible d'identifier précisément des marqueurs biologiques de la violence et d'établir un lien de causation entre ces marqueurs et des conduites violentes ? Ensuite, si cela est réalisable, peuvent-ils être considérés comme des arguments suffisants pour atténuer la responsabilité morale et juridique des individus, ou pour décider d'une détention préventive ? En d'autres termes, le savoir issu des neurosciences peut-il être intégré aux délibérations qui ont lieu dans les cours de justice ?

À cette question, N. Eastman et C. Campbell répondent par la négative au motif que les questions posées par le droit et la science ne sont pas les mêmes, et que par conséquent, les réponses que chacun de ces domaines peut apporter ne constituent des réponses correctes que relativement à ce même domaine. Bien sûr, et c'est d'ailleurs ce qui induit certainement une confusion, science et droit peuvent avoir des objets de recherche très proches, mais ceux-ci ne sont pas identiques. Par exemple, les neurosciences vont s'intéresser de près au fonctionnement de la pensée, aux émotions, tandis que le droit, lui, va s'intéresser à l'intention d'un individu, à son degré de conscience, étant données certaines circonstances et certaines normes établies. Ainsi, si les neurosciences peuvent établir des faits, des descriptions, il n'est pas sûr que ceux-ci puissent être retenus comme des faits et des descriptions ayant un sens juridique clair ou comme des preuves immédiatement utilisables. Nous pourrions faire ici un parallèle avec l'introduction des preuves fondées sur l'ADN, voire l'ADN de parentèle, pour confondre certains prévenus. L'ADN ne peut suffire, et le généticien ne décide pas de la culpabilité d'un individu. Néanmoins, ce type de preuve est considéré par les juges comme ayant un poids considérable et peut parfois être le seul faisceau par lequel on établit une culpabilité⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Nigel Eastman et Colin Campbell, « Neuroscience and Legal Determination of Criminal Responsibility », in *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 7, avril 2006, p. 311-318.

⁴⁵⁶ On pense par exemple à l'affaire du viol et du meurtre de Élodie Kulik, en 2002, dont l'un des coupables a été identifié par la technique de l'ADN de parentèle plusieurs années après les faits. Celui-ci, déjà décédé au moment de la découverte, n'a pu être poursuivi. En revanche, l'un de ses amis, à la suite de cette découverte, a été inculqué et jugé coupable du viol,

Ce que rappellent ainsi N. Eastman et C. Campbell, c'est qu'il faut maintenir fermement la frontière entre l'établissement d'un fait ou d'une preuve scientifique et la décision juridique, le risque étant, le cas échéant, que les neurosciences outrepassent leur domaine et conduisent à rendre « des décisions qui sont plus juridiques que médicales »⁴⁵⁷. Ils soulignent également que le vocabulaire de la science et la perspective qu'elle prend sur la violence ne sont pas ceux du droit, et ils vont même plus loin en affirmant que science et droit ne peuvent ni ne doivent communiquer, sous peine d'incompréhensions et d'erreurs d'interprétations majeures.

Pourquoi une telle affirmation, qui va largement à contre-courant des recherches actuelles ? Pour N. Eastman et C. Campbell le genre de preuve que les neurosciences peuvent apporter à propos d'un individu est du type : l'individu X, étant donné qu'il appartient à telle classe de population, a Y% de chances de faire Z ; ou bien l'individu X, par rapport à un étalon de normalité⁴⁵⁸ défini de telle et telle manière, présente tel ou tel écart, ou particularité, généralement reliés à une augmentation du taux de comportements violents. Il paraît évident que ce type de preuve ne permet pas d'établir la culpabilité ou la responsabilité d'un individu, ou encore sa réelle dangerosité. Cela permet seulement d'énoncer la potentialité de sa culpabilité, responsabilité ou dangerosité par rapport à une classe d'individus. Or, il paraît tout aussi évident que la tentation est grande de glisser de « X détient des caractéristiques telles qu'il appartient à une classe d'individus pour laquelle il y a Y probabilités de commettre un acte violent », à « il y a Y probabilité pour que X commette un acte violent ». C'est pourquoi ils insistent sur le fait qu'en l'état actuel des connaissances, il semble que toute tentative pour traduire en termes de sanctions juridiques les associations entre données biologiques et probabilités de comportements violents énoncées par les neurosciences « implique forcément une distorsion »⁴⁵⁹. Selon eux, il faudrait même envisager que les experts en neurosciences se gardent d'apporter tout type de preuve à une cour de justice tant le risque que ces preuves soient mal interprétées existe. On a en effet pu montrer à quel point les « preuves » impliquant des images obtenues par les techniques d'imageries cérébrales, ou même simplement le recours à un jargon

du meurtre et de la séquestration de la jeune femme, lors même qu'aucune trace ADN venant de lui n'a été retrouvée et que seul un enregistrement audio atteste de sa présence.

⁴⁵⁷ « making decisions that are legal rather than medical », *ibid.*, p. 312.

⁴⁵⁸ Notons d'ailleurs que dans les études en neurosciences fondées sur de l'imagerie cérébrale, les moyennes qui sont établies le sont pour des groupes test, et que c'est par rapport à ces groupes que l'on mesure « l'anormalité » des caractéristiques neurologiques d'un autre individu, qu'il s'agisse de caractéristiques structurelles ou fonctionnelles. Or, il est important de souligner qu'il existe, au sein des populations test de très grandes disparités entre les différents individus qui la composent, de sorte qu'il peut même y avoir plus d'écart entre un individu du groupe de référence et la moyenne établie pour ce groupe dont il fait pourtant partie, qu'entre un individu étranger à ce groupe de référence et la moyenne de ce groupe. C'est dire si ces moyennes et les probabilités qu'on peut en tirer sont difficiles à exporter pour traiter le cas d'un individu. Voir par exemple sur ce point l'article de Walter Sinnott-Armstrong, Adina Roskies, Teneille Brown et Emily Murphy, « Brain Images as Legal Evidence », *art. cit.*, p. 362-363.

⁴⁵⁹ « the journey is impossible, or at least that "translation" of their science automatically involves distortion », (nous traduisons), *ibid.*, p. 315.

neuroscientifique – que ces images ou ce discours soient pertinents, et qu’ils soient ou non fondés sur des études réelles – pouvait avoir un effet sur les décisions juridiques prises par les individus⁴⁶⁰. Force est alors de constater qu’on ne peut se permettre de pratiquer une réduction du discours juridique au discours neuroscientifique, sans risque d’approximation, de confusion, voire d’erreur. C’est sur cette même idée que J. Rosen, s’appuyant sur la position mesurée de Stephen J. Morse, termine prudemment son résumé de l’avancée des neurosciences et de leur apport dans le domaine du droit, en insistant pour maintenir une claire répartition des rôles entre chacun :

« Comme le dit Stephen Morse, les neurosciences ne pourront jamais identifier seules cette frontière mystérieuse à partir de laquelle les personnes devraient être excusées de la responsabilité de leurs actes parce qu’elles ne sont pas capables, en un sens, de se contrôler. Cette question, suggère-t-il, est “morale et ultimement juridique”, et ce n’est pas dans les laboratoires, mais dans les salles d’audience et dans le corps législatif qu’on doit y répondre. En d’autres termes, nous devons y répondre nous-mêmes. »⁴⁶¹

Ainsi, s’il ne fait pas de doute que les neurosciences ont bien des choses à nous apprendre sur l’homme et son fonctionnement, le statut de ces connaissances et l’exploitation qui peut en être faite n’est pas réglée une fois pour toutes. Comme J. Rosen le souligne bien, on observe une prolifération de nouvelles technologies, de nouvelles possibilités pour sonder le cerveau humain, qui induisent autant de nouveaux questionnements. C’est seulement à mesure que ces technologies sont testées, et qu’on mesure ce qu’elles peuvent nous révéler, que l’on peut s’interroger sur leur bien-fondé, et en particulier, sur l’aide qu’elles peuvent apporter à la prise de décision judiciaire ou au contraire sur les difficultés qu’elles posent.

b. Les neurosciences comme aide à la prise de décision judiciaire

Il existe cependant un usage moins controversé et moins problématique de ces techniques et de ces savoirs dans le domaine du droit, qui apparaît lorsque l’on se décentre de la personne du prévenu et de la seule sphère du crime ou de la délinquance. En effet, les neurosciences peuvent aussi s’intéresser aux autres acteurs du droit, notamment les juges, mais également les jurés, les avocats, les témoins, les procureurs. Il s’agit, dans la perspective de l’apport déjà existant des sciences

⁴⁶⁰ On peut par exemple consulter sur ce point : D.P. Mc Cabe et A. D. Castel, « Seeing is Believing: The Effect of Brain Images on Judgments of Scientific Reasoning » in *Cognition*, n° 107, 2008, p. 343–352 ; ainsi que J.R. Gurley et D.K. Marcus, « The Effects of Neuroimaging and Brain Injury on Insanity Defenses », in *Behavioral Sciences and the Law*, n°26, 2008, p. 85-97. Voir aussi l’analyse qu’en font Walter Sinnott-Armstrong, Adina Roskies, Teneille Brown et Emily Murphy, « Brain Images as Legal Evidence », *art. cit.*, p. 369 et suivantes.

⁴⁶¹ « As Stephen Morse puts it, neuroscience itself can never identify the mysterious point at which people should be excused from responsibility for their actions because they are not able, in some sense, to control themselves. That question, he suggests, is “moral and ultimately legal”, and it must be answered not in laboratories, but in courtrooms and legislatures. In other words, we must answer it ourselves », (nous traduisons), Jeffrey Rosen, « The Brain on the Stand », *art. cit.*, p. 19.

comportementales et de la psychologie, de fournir de nouvelles données concernant les biais qui peuvent affecter la prise de décision judiciaire. C'est d'ailleurs en ce sens que vont les rapports et notes d'analyse commandés sur ce thème par l'État français au Centre d'analyse stratégique dans les années 2010⁴⁶². Olivier Oullier et Sarah Sauneron y concluent sans ambages à la nécessité de « développer au sein de l'École nationale de la magistrature une formation aux sciences comportementales »⁴⁶³ dans laquelle les neurosciences auraient une place importante. L'argument principal est le suivant : mieux connaître ces biais permettrait de meilleurs jugements au sens où ils seraient moins dépendants de facteurs contextuels extra-juridiques. Ils partent du constat de l'existence d'une multiplicité de processus neurobiologiques en jeu lors d'une prise de décision judiciaire, dont beaucoup ne sont ni conscients ni donc maîtrisés. Le cerveau des juges ou des jurés traiterait de manière infra-volontaire tout un ensemble d'informations liées aux émotions suscitées par un acte antisocial, à la gravité des dommages causés, ou encore au fait de prêter ou non à un individu une intention délibérée de nuire. Ces informations, bien qu'inconscientes, joueraient un rôle éminent dans la prise de décision. S'y ajouteraient également des biais tels que l'apparence des accusés, leur milieu social et leur origine ethnique, ou encore la fatigue décisionnelle.

Plusieurs études ont par exemple montré que les décisions prises par les juges étaient plus ou moins favorables selon les moments de la journée, et semblaient l'être d'autant moins que la journée avançait. Elles ont également fait apparaître que ces décisions perdaient en complexité en fonction de l'avancement de la journée, de telle sorte que la fatigue semble avoir tendance à pousser les juges à opter pour les solutions les plus classiques et plus simples, alors qu'ils pourraient peut-être être plus inventifs. Par ailleurs, différentes études se sont attachées à montrer ou à mesurer l'impact sur les décisions prises de l'ordre dans lequel les preuves ou les témoins apparaissent au cours d'un procès, de l'utilisation d'images, ou encore de la peine initialement proposée par le procureur⁴⁶⁴. D'autres encore ont montré l'influence nette de la couverture médiatique de certaines affaires de justice sur les jugements rendus en cour d'assises durant cette période⁴⁶⁵. Dans la plupart des cas en effet, prendre connaissance de ces déterminants de la décision judiciaire permettrait de les contrebalancer, voire de les annuler. Ainsi, concernant l'influence des médias, on voit dans l'étude conduite par A. Philippe et A. Ouss que si le biais médiatique affecte bien les cours d'assises, constituées de jurés non

⁴⁶² Le Centre d'analyse stratégique est devenu en 2013 le Commissariat général à la stratégie et à la prospective, appelé aussi France Stratégie.

⁴⁶³ Olivier Oullier et Sarah Sauneron, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », *art. cit.*, p. 9-10.

⁴⁶⁴ Sur ce dernier point, voir Béatrice Geyres, *Biais d'ancrage dans les décisions judiciaires : effet de l'expertise*, Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2011.

⁴⁶⁵ Voir par exemple la récente étude d'Arnaud Philippe et Aurélie Ouss, « L'impact des médias sur les décisions de justice », Institut des Politiques Publiques, note n°22, janvier 2016, en ligne : <https://www.ipp.eu/publication/n22-impact-des-medias-sur-les-decisions-de-justice/> (consulté le 20 Juin 2022).

professionnels et de juges, il n'affecte pas les tribunaux correctionnels et les tribunaux pour enfants, constitués exclusivement de juges professionnels. Ils en tirent la conclusion que la formation professionnelle reçue par les juges leur permet, bien mieux que les autres individus, de résister à ce type d'influence. O. Oullier et S. Saurenon évoquent également des expériences faites à propos de l'influence du recours à l'imagerie fonctionnelle cérébrale sur les verdicts de culpabilité, qui ont montré que les individus soumis à ce type d'images avaient tendance à se prononcer davantage sur la culpabilité des accusés. Ces expériences montrent également qu'à partir du moment où les individus sont formés à l'usage de ses images et sont alertés sur la fiabilité limitée de ce type de techniques, les proportions de jugements de culpabilité reviennent à des taux identiques aux verdicts prononcés sans usage de ces techniques.

Ces différentes et multiples études semblent avoir un effet extrêmement bénéfique sur la pratique judiciaire et ne suscitent pas de controverses ou de débats particuliers. Il est désormais plus consensuel d'admettre ces biais auxquels les juges seraient soumis que d'en nier l'existence, sans pour autant abandonner ou entacher l'idéal d'impartialité et de justice attaché à la magistrature – en témoigne le fait qu'en 2015, l'un des numéros de la revue publiée par l'École Nationale de la Magistrature soit par exemple consacré à ces questions⁴⁶⁶. Le réalisme juridique, on le voit, a fait son œuvre.

c. Neuroscepticisme

Pour conclure sur la question des recherches actuelles en neurodroit – qu'elles se centrent sur l'examen de la personnalité de l'accusé ou s'élargissent davantage aux autres acteurs du droit – il ne s'agit pas ici de mettre en doute l'apport des neurosciences en général ou de chercher à montrer l'inanité du neurodroit, bien au contraire. Il s'agit plutôt d'examiner avec circonspection les apports scientifiques des neurosciences et du neurodroit, d'autant plus d'ailleurs que ces apports sont immenses quant aux avancées qu'ils permettent en termes de compréhension de l'homme et quant à la refonte de notre manière de penser l'homme. Pour reprendre le mot de Denis Forest, soyons neurosceptiques, ni plus, ni moins⁴⁶⁷. Si l'on reprend les différents axes du neuroscepticisme que D. Forest dessine dans son ouvrage consacré à cette question, être neurosceptique à propos des recherches en neurodroit peut d'abord consister dans le fait de vérifier la solidité et la validité des démarches scientifiques engagées – ce qui est le propre de toute démarche critique et scientifique. Il s'agit également de réfléchir aux progrès que les savoirs issus des neurosciences nous permettent de faire dans le domaine du droit et aux besoins réels auxquels ils répondent. Que changent et

⁴⁶⁶ *Les cahiers de la justice*, 2015, n°4, dossier « Des juges sous influence », Revue trimestrielle de l'École nationale de magistrature - Dalloz.

⁴⁶⁷ Denis Forest, *Neuroscepticisme, Les sciences du cerveau sous le scalpel de l'épistémologue*, Paris, Ithaque, 2014.

qu’apportent, par exemple, les images fonctionnelles cérébrales dans l’exercice de la justice, tant du côté de ceux qui rendent la justice que du côté de ceux pour qui elle est rendue ? Savoir que C. Whitman était porteur d’une tumeur cérébrale aurait-il changé – et si oui, comment – la réponse judiciaire apportée à ses actes ? La justice peut-elle et doit-elle prendre en compte une possible inégalité neurobiologique entre les individus ? Il s’agit enfin de s’interroger quant aux éventuels intérêts qui sous-tendent les recherches en neurodroit : que penser par exemple du marché juteux de la neurodétection de mensonges aux Etats-Unis, dont on sait pourtant le peu de fiabilité⁴⁶⁸, et du lobbying qu’exercent certaines sociétés, tenantes des techniques d’imagerie et de détection les plus à la pointe, auprès des cours de justice ? Être vigilant sur ces différents points permet de s’assurer que l’utilisation de techniques et de savoirs issus des neurosciences s’inscrit bien dans le sens d’une amélioration de nos systèmes judiciaires, et que les gains sont bien du côté de la protection des libertés citoyennes.

Une récente étude⁴⁶⁹, conduite par Andreas Glöckner, peut être citée comme tout à fait exemplaire de cette démarche. Dans « The Irrational Hungry Judge Effect Revisited » il s’agit en effet pour son auteur de porter un regard critique sur une vieille idée reçue, devenue quasi mythique depuis les réalistes américains : a-t-on raison de penser que les décisions des juges sont en (grande) partie influencées par les repas qu’ils ont ou n’ont pas encore pris⁴⁷⁰ ? Y a-t-il un biais psychophysique majeur lié à la fatigue et à la faim ? Dans une étude de 2011 ayant eu un certain retentissement⁴⁷¹, S. Danziger, J. Levav, et L. Avnaim-Pesso y ont répondu de manière favorable, donnant ainsi une assise scientifique à cette idée que les raisonnements des juges sont guidés par des facteurs non seulement extra-juridiques mais aussi triviaux. Cette étude s’appuie sur l’analyse de plus d’un millier de décisions judiciaires, prises par des juges israéliens siégeant lors de commissions de libération conditionnelle sur parole, pendant une durée de dix mois. Ce nombre de décisions représente environ 40% des décisions de ce type prises sur l’ensemble du territoire, et est donc largement représentatif.

⁴⁶⁸ « Bien que la détection du mensonge grâce à l’IRMf ne soit encore qu’une technique balbutiante, un marché se développe autour de cette dernière. En effet, deux sociétés américaines, No Lie MRI et Cephos Corp, n’hésitent pas à proposer leurs services afin de détecter le mensonge, grâce notamment à l’IRMf, allant même jusqu’à utiliser comme slogan “Notre business est la vérité”. Pour preuve de leur sérieux, ces entreprises mettent en avant leurs experts scientifiques qui exercent dans des universités de renom ou pour le gouvernement américain. Elles peuvent intervenir dans des cas de litige avec les assurances, d’entretien d’embauche, d’infidélité présumée, de recherche de personnes disparues. Ces mêmes compagnies procèdent à un intense lobby aux États-Unis pour que leurs résultats soient admis par les cours de justice, soulevant ainsi aussi la question des conflits d’intérêts liés à de telles pratiques. », Olivier Oullier et Sarah Sauneron, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », *art. cit.*, p. 5.

⁴⁶⁹ Andreas Glöckner, « The Irrational Hungry Judge Effect Revisited : Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated », in *Judgment and Decision Making*, vol. 10, n° 6, novembre 2016, p. 601-610

⁴⁷⁰ Souvenons-nous que les thèses des réalistes américains ont souvent été caricaturées. L’une des caricatures les plus fréquentes consiste à attribuer (faussement) à J. Frank et à J. C. Hutcheson la thèse selon laquelle les décisions des juges dépendent du petit-déjeuner qu’ils ont pris.

⁴⁷¹ Shai Danziger, Jonathan Levav, et Liora Avnaim-Pesso, « Extraneous factors in judicial decisions », in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 108, issue 17, avril 2011, p. 6889–6892.

L'organisation de ces journées de commission libératoire est simple : les cas sont plaidés successivement et sont entrecoupés par deux pauses repas. Les résultats de cette étude montrent qu'au début de chaque session, les décisions sont favorables à 65%, puis que ce taux chute progressivement jusqu'à atteindre environ 5% avant la fin de la session (pause déjeuner ou fin de la journée). Selon les auteurs de cette étude, la chute du taux de décisions favorables et son retour à son taux initial au début de chaque session de jugement s'explique par l'épuisement progressif des juges et la sensation grandissante de faim, l'ensemble amoindissant leurs capacités mentales de décision. En conséquence de cette fatigue mentale et physique, plus l'heure de la pause ou de la fin de journée approcherait, plus les juges auraient tendance à rendre les décisions les plus faciles, celles qui nécessitent le moins d'efforts et sont les plus rapides possible : à savoir rejeter les demandes de libération conditionnelle et en rester ainsi à un *statu quo*, qui pourrait dans certains cas être interprété comme un refus de décider, ou un moyen de remettre la décision à plus tard. Les résultats de cette étude sont donc tout bonnement alarmants, puisque selon l'heure de la journée à laquelle les citoyens sont entendus, la probabilité que leur demande soit favorablement traitée varierait de 60%, pour des raisons qui semblent ici n'avoir rien de juridique, et que les auteurs appellent le « *irrational hungry judge effect* ».

Selon A. Glöckner, il ne s'agit pas de contester deux thèses désormais évidentes qui sont : a) que les juges sont, dans leurs prises de décisions, soumis aux mêmes biais que les autres individus (comme la fatigue, l'ordre de présentation des faits, etc.) ; b) et qu'en conséquence, les décisions juridiques ne suivent pas toujours et uniquement un ordre purement rationnel. Pour autant, il est également évident que socialement et communément, nous désirons que les affaires juridiques dépendent le plus possible du droit pour être réglées, et non d'influences extérieures, et que, la plupart du temps, c'est ce qui nous semble être le cas. Nous avons tous en tête que des pressions politiques ou économiques peuvent très sûrement s'exercer sur les jugements judiciaires, et que ceux-ci pourraient parfois répondre à des mobiles qui ont l'air d'être juridiques, mais qui, au fond, ne le sont pas vraiment, et renverraient davantage à la psychologie du juge, à ses préférences et ses motivations profondes. Nous avons le sentiment que cela *peut* arriver, que cela *arrive* d'ailleurs de manière exceptionnelle, mais nous avons aussi le sentiment que ce n'est pas la norme, et que la plupart du temps, il en va fort heureusement tout autrement. Car sinon, comment comprendre la régularité des décisions, leur cohérence globale, et le fait qu'on puisse la plupart du temps les prédire ? Comment comprendre qu'elles ne soient généralement pas contestées, ou qu'alors, si elles le sont, cela ait lieu dans des cours d'appel, ce qui indique une certaine confiance dans le circuit juridique, et non une remise en cause totale de celui-ci ? Or, l'étude de S. Danziger, J. Levav, et L. Avnaim-Pesso semble démontrer le contraire : le désir fondamental d'une société juridiquement normée et la croyance toute aussi fondamentale que ces normes juridiques valent la plupart du temps ne seraient qu'un vœu pieu.

A. Glöckner se propose de vérifier de manière critique cette étude pour voir si le biais d'épuisement et de nourriture ainsi mis en évidence ne serait pas surestimé. Il fait apparaître qu'on peut assez facilement reproduire les courbes de taux décisionnels favorables et défavorables de l'étude de S. Danziger, J. Levav, et L. Avnaim-Pesso en introduisant d'autres facteurs. En effet montre-t-il, si l'on part, à l'inverse de l'étude de 2011, de l'hypothèse d'un juge rationnel, qui, connaissant le temps qui lui est imparti lors de chaque session, veut éviter d'entamer en fin de session le jugement d'une affaire sans avoir suffisamment de temps pour la terminer, alors on peut faire l'hypothèse que le juge en question organise l'ordre de passage des demandes de libération de telle sorte que les dossiers les plus longs soient traités en début de session, et les plus rapides, en fin de session. Les juges peuvent en effet ordonner leurs audiences comme bon leur semble, au vu des données superficielles des dossiers qu'ils auront à traiter dans leur journée. Or, les dossiers les plus longs à traiter sont ceux où il est répondu favorablement à une demande de libération conditionnelle. Par voie de conséquence, un juge rationnel les placera en tête de session. Il renverra au contraire à la fin de la session les dossiers où il pressent une issue défavorable, notamment ceux où les prisonniers se présentent seuls, sans avocat, ce qui augure d'une situation *a priori* moins propice à une libération. En mettant en œuvre cette hypothèse, A. Glöckner aboutit à des résultats presque identiques à ceux de S. Danziger, J. Levav, et L. Avnaim-Pesso : il peut reproduire une répartition des verdicts similaire, bien qu'elle tienne à une explication très différente. S'il n'invalide pas l'étude de 2011, du moins, il la concurrence. On observe bien une chute du taux de décisions de libération entre le début et la fin des sessions, mais pour de toutes autres raisons que celles avancées en 2011. Ceci ne signifie pas, bien entendu, que le biais de fatigue ou de nourriture soit inexistant, mais que, s'il existe, il doit fortement être réévalué à la baisse car il n'aurait pas, ce qui est rassurant, d'incidence majeure sur les prises de décisions judiciaires. Ainsi conclut-il :

« cette analyse montre que parfois, même si ce n'est pas évident, un comportement d'apparence irrationnelle repose sur une base rationnelle. [...] Je défends que les simulations d'agents rationnels et les analyses formelles et mathématiques devraient être utilisées plus tôt et de manière plus intense dans le processus de recherche qui enquête sur les verdicts dont on suppose qu'ils résultent d'une conduite complètement irrationnelle plutôt que de sauter sur la conclusion que les acteurs juridiques – ou n'importe quel autre individu – sont irrationnels. » ⁴⁷²

Ce que montre ici cet exemple, c'est qu'il faut demeurer raisonnable sur ces questions, ne pas se départir d'une bonne dose de scepticisme, se garder de conclusions hâtives et trop généralisantes, et

⁴⁷² « More generally, the analysis shows that sometimes there is a nonobvious rational basis for irrational-looking behavior. [...] I argue that simulations of rational agents and formal mathematical analyses should be used earlier and more intensely in the research process to investigate findings of supposedly hugely irrational behavior before jumping to the conclusion that legal actors – or any other individuals – are irrational. » (Nous traduisons), Andreas Glöckner, « The Irrational Hungry Judge Effect Revisited », *art. cit.*, p. 608.

peut-être faire davantage confiance à la rationalité des juges, à leur formation, et à leur capacité à résister aux biais décisionnels qui peuvent venir troubler leur jugement. Des données objectives peuvent servir à argumenter bien des thèses différentes, selon l'interprétation que l'on veut en donner. Ce que montre l'étude de Glöckner, c'est que le sens des données recueillies dépend de la situation et du contexte décrits dans leur ensemble, ici en l'occurrence, le sens des décisions de libération conditionnelle (ou de refus de libération conditionnelle) au cours d'une journée, dans le système judiciaire israélien.

Dans le même ordre d'idées, on peut citer également l'exemple de W. Sinnott-Armstrong, A. Roskies, T. Brown et E. Murphy, qui, dans « Brain Images as Legal Evidence »⁴⁷³, cherchent à rendre compte de l'effet réel de l'usage des images cérébrales sur la tenue des procès et les verdicts qui en découlent. Ils montrent que, si l'on peut s'inquiéter de certaines utilisations des images cérébrales et des erreurs auxquelles elles peuvent conduire, il faut bien voir cependant qu'en l'état actuel de nos connaissances on ne peut guère montrer plus qu'une influence des images cérébrales sur les décisions de justice, et qu'on ne peut en aucun cas conclure au fait qu'elles jouent un rôle absolument décisif ou que les éléments qu'elles donnent soient si dangereux qu'on doive les refuser en bloc. Ils montrent également que les éléments de compréhension qu'apportent les images cérébrales sont assez minimaux et ne nous en apprennent pas forcément beaucoup plus que ce que d'autres moyens d'observations nous fournissent. Là encore donc, le travail de ces auteurs permet de remettre à leur juste place tant les gains obtenus par l'avancée des neurosciences que les éventuels dangers qu'elles pourraient faire courir à l'exercice de la justice.

V. Quelle(s) science(s) du droit pour quel droit ? Vers un pluralisme des méthodes

1. Pluralité des hypothèses théoriques et méthodologiques

Les différents problèmes que rencontrent les juristes dans leur tentative d'édifier une science du droit et les différentes manières qu'ils ont d'y répondre dessinent des manières extrêmement

⁴⁷³ Walter Sinnott-Armstrong, Adina Roskies, Teneille Brown et Emily Murphy, « Brain Images as Legal Evidence », *art. cit.*, p. 371-372.

contrastées de concevoir le territoire juridique.

À une extrémité, nous pouvons identifier la perspective normativiste, qui, en évacuant la question de la causalité – et partant, toute inféodation au modèle des sciences naturelles – et en asseyant la science du droit sur le principe de l'imputation et sur la spécificité de son objet – les normes –, fait du droit une région indépendante. Elle se situerait ainsi à part des sciences de la nature mais aussi à part des autres sciences humaines et sociales. En son sein cependant, toute une batterie de points de vue sont possibles, entre un normativisme pur, comme celui de Kelsen, et un empirisme causal qui reconnaît les normes et les relations d'imputation comme des objets spécifiques du droit, mais qui les traite comme des faits et des énoncés susceptibles d'une description et d'une explication causales.

À l'autre extrémité, nous trouvons la région du neurodroit. Le neurodroit ne se prononce pas sur la nature du droit mais donne une certaine conception des comportements et de leur explication. Comme son nom l'indique, il est assujéti aux neurosciences et donc au modèle naturaliste des sciences de la nature, et défend que la science du droit, comme les autres sciences humaines, est compatible avec une approche matérialiste et biologique du monde et des hommes qui le peuplent. Ce qui se passe dans le droit serait inséparable, en dernière instance et comme dans toute autre action humaine, d'une certaine description de notre activité cérébrale. Au sein de cette région également, diverses positions peuvent être décrites, entre un réductionnisme dur, comme on a pu le rencontrer chez certains auteurs, et un réductionnisme non exclusif, qui se contente de rappeler que toute action, juridique ou non, trouve bien une expression dans un état de notre cerveau.

Entre ces deux extrémités, on peut situer une autre région théorique qui pense la science du droit comme une science humaine parmi d'autres, développant des méthodes propres mais empruntant également aux sciences humaines voisines. La science du droit entendue en ce sens prend alors un visage différent suivant si elle est pensée sur le modèle de la science politique, des sciences sociales, de la philosophie, et elle devient ainsi tour à tour une science politique du droit, une sociologie du droit, une théorie (juridique) du droit ou une philosophie du droit. Elle varie également selon les accointances qu'elle développe avec les thèses normativistes et causalistes qu'elle adopte. Notons que ces différentes régions sont également traversées, nous l'avons vu, par une opposition entre jusnaturalisme et positivisme, obédiences qui peuvent revêtir différents sens et différents points de vue, et qui sont autant d'inflexions et de nuances apportées aux manières de formuler les problèmes, et d'y répondre. Ajoutons enfin que la perspective prise sur la science du droit peut dépendre des intérêts qui y sont en jeu : s'agit-il par exemple de l'intérêt purement spéculatif du philosophe ou de l'intérêt également pratique du juriste qui ne se contente pas de penser le droit, mais

le pratique également ?

Il apparaît alors clairement qu'il n'existe pas une science du droit mais *des* sciences du droit, plus ou moins compatibles les unes avec les autres, dont certaines se chevauchent, se recoupent, se complètent ou au contraire s'excluent. Reste que, la plupart du temps, leurs frontières théoriques et méthodologiques sont poreuses, et il n'y a guère que sur le papier que les positions sont clairement définissables et assignables. De même que Llewellyn parlait de *paper rules* par opposition aux *real rules*, de même il ne serait pas honteux de parler de *paper theories*, c'est-à-dire de théories qui n'ont d'existence que sur le papier, qui sont écrites en réponse à d'autres théories, où il est souvent fait usage de généralisations et de caricatures pour les besoins de la démonstration, par opposition aux *real theories*, c'est-à-dire celles auxquelles souscrivent réellement ceux qui les défendent, et qui sont souvent plus complexes et nuancées. Bobbio, qui est pourtant un théoricien du droit chevronné, aguerri aux distinctions subtiles entre diverses positions théoriques, conclut, dans le chapitre des *Essais de théorie du droit* qu'il consacre à la définition précise du jusnaturalisme et du positivisme juridiques⁴⁷⁴, à l'impossibilité de les définir de manière univoque et hors contexte. Il insiste en effet sur la diversité des sens et des nuances qui peuvent être attribués à chacun de ces termes, suivant leur usage⁴⁷⁵ et suivant le contexte – historique, politique et psychologique – dans lequel on envisage l'interaction entre jusnaturalisme et positivisme. Comme R. A. Posner l'évoque bien, chaque génération de théoriciens se voit mise au défi de faire mieux, ou du moins différemment de ce qui existait avant elle, et a ainsi tendance à s'aventurer dans la remise en question des théories du passé pour faire advenir un nouvel ordre théorique⁴⁷⁶. Par ailleurs, le fait d'emprunter à d'autres sciences par attrait pour certaines méthodologies, perspectives ou résultats, ou au contraire, la volonté de se démarquer de certaines sciences pour les remettre en cause ou gagner son autonomie est largement tributaire du « moment » de l'histoire des idées dans lequel on se situe.

C'est là le sens de notre démonstration : faire sentir à quel point ce qui se joue pour le droit, lors des débats centrés sur la question de la possibilité de l'édification d'une science du droit et de la nature de cette dernière, rejoue sur un plan singulier, aux prises avec son propre réseau de contraintes, de finalités et sa propre historicité, la querelle entre sciences de la nature et sciences humaines. Cette remarque vaut également pour les autres sciences humaines qui se construisent au cours du XX^e siècle, comme la sociologie ou la psychologie ou encore l'histoire et l'économie. C'est ainsi que le mouvement réaliste de la première moitié du XX^e siècle se comprend à la fois comme une *réaction*

⁴⁷⁴ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, op. cit., chapitre II, « Jusnaturalisme et positivisme juridique », p. 39-53.

⁴⁷⁵ On fait ici référence à la célèbre distinction de Bobbio, déjà évoquée précédemment, entre différents sens des termes « positivisme » et « jusnaturalisme », selon qu'ils renvoient à une idéologie, à une méthode ou à une théorie du droit.

⁴⁷⁶ Richard A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », art. cit.

au modèle formaliste qui avait globalement cours, renvoyé au rang de tradition dépassée, et comme une *adhésion* au moment positiviste de la querelle des deux sciences, telle que la décrit Apel.

La difficulté est que tout modèle construit en réaction ou par adhésion à un autre modèle aura tendance à schématiser, simplifier de manière exagérée, voire caricaturer certains traits du modèle qui lui sert de repoussoir pour mieux exister et montrer comment il s'en distingue. Il convient donc d'essayer de faire apparaître, par-delà les déclarations d'intentions, les provocations et les disputes, les réelles avancées théoriques et l'ampleur du changement de paradigme qui s'opère. Passés les moments d'affrontements, on trouve souvent des auteurs qui cherchent à rétablir le dialogue théorique interrompu. On peut prendre ici en exemple deux auteurs tout à fait significatifs de cette démarche. Bobbio, que nous avons souvent cité, est manifestement animé dans ses recherches par un souci constant de clarté et de précision analytiques qu'il cherche à mettre au service d'une entreprise de déconstruction des idées reçues et des « *paper theories* » à l'origine de controverses stériles dans le domaine de la théorie du droit. En témoignent ainsi les *Essais* qu'il y a consacré : une partie d'entre eux veille à éclaircir des notions centrales, mais polysémiques, comme celles de jusnaturalisme et de positivisme juridique, dénouant par-là nombre de crispations et d'incompréhensions. D'autres se consacrent à montrer que les oppositions de façade, entre par exemple, l'approche sociologique et l'approche purement juridique du droit, qui se nourrissent souvent d'une opposition stricte entre les deux grandes références théoriques que sont Weber et Kelsen, sont sans grand fondement puisque ces deux théoriciens eux-mêmes ont fait état de nombreux points de convergence⁴⁷⁷. En régressant dans l'ordre historique, on peut également citer la figure de Roscoe Pound, rattaché au courant de la *Sociological Jurisprudence*, très proche du courant réaliste, et dont l'œuvre court sur plus d'un demi-siècle et porte en elle les évolutions majeures de la première moitié du XX^e siècle. Ce dernier travail, dans la lignée de Holmes, à introduire la perspective sociologique dans l'étude scientifique du droit, montrant que le droit est à la fois le résultat de processus sociaux et un outil de ces mêmes processus. Dans la lignée des réalistes également, il centre son étude sur les processus de prise de décision judiciaire, leur genèse et leur interprétation, met en évidence le pouvoir créateur des juges et s'intéresse aux différents facteurs explicatifs – juridiques et non juridiques – de leurs décisions. En revanche, contrairement à la vision réaliste de Frank qui lui semble exagérée, il ne rompt pas totalement avec la perspective formaliste qui triomphait au siècle précédent, et on trouve sous sa plume des lignes qui cherchent à ramener chacun à une position équilibrée et à recréer un trait d'union entre ces prises de position. Ainsi écrit-il en 1951 :

« Si les juristes du siècle dernier ont exagéré quelque peu la régularité et la prévisibilité du cours des décisions judiciaires, ainsi que les effets directifs des préceptes juridiques

⁴⁷⁷ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, op. cit., voir en particulier la partie I, chap. 1 et 2, et la partie III, chap. 5.

sur ce cours, beaucoup de juristes aujourd'hui, non sans la caution apportée par ce qui s'est passé dans quelques tribunaux récemment, surestiment grandement le rôle qu'y joue l'élément arbitraire, subjectif, personnel. La menace constituée par la théorie soi-disant réaliste de l'action réside dans le fait qu'elle conduit de l'idée qu'en pratique nous ne parvenons pas à un degré élevé de prévisibilité ou même que la prévision est impossible à celle selon laquelle nous n'avons pas besoin d'essayer d'y parvenir et que nous ne devrions pas essayer d'y parvenir, parce que la tentative ne serait qu'illusion. »⁴⁷⁸

Car, ajoute-t-il, s'il y a bien un élément discrétionnaire dans l'élaboration des décisions judiciaires, celles-ci ne sont que très rarement totalement imprévisibles, et jamais excentriques. Elles laissent au contraire apparaître une certaine régularité, liée au fait que, par-delà la personne du juge qui décide, elles résultent également de processus d'uniformisation et de standardisation, comme le fait que les juges reçoivent une formation commune, ou que le contexte juridique exerce sur eux un même cadre contraignant. Ainsi, Pound défend l'idée qu'une approche sociologique du droit est sans nul doute nécessaire, mais que cela ne doit pas non plus consister à dissoudre totalement l'élément juridique – pour partie formaliste – dans l'élément social. Il y a selon lui une sorte d'irréductibilité du droit, et il se sépare des réalistes en affirmant que le droit ne se comprend pas tout entier dans les sciences humaines et sociales existantes. Pour Pound, il doit être possible de parvenir à une unification des sciences sociales, sous l'égide de la méthode sociologique, sans pour autant faire perdre à chacune d'elles ses spécificités⁴⁷⁹.

Quelles que soient les options retenues et les perspectives choisies en vue d'établir *une* science du droit, gardons malgré tout à l'esprit qu'il reste que la question même d'établir une *science* du droit peut être discutée. Nous l'avons souligné en commençant ce chapitre consacré à l'étude de la constitution de l'idée même de science du droit et en évoquant par exemple le débat existant sur la question de savoir ce qu'est le droit, si le droit lui-même est un art ou une science, et en conséquence s'il est ou non possible d'envisager d'en faire la science. Pour notre part, nous faisons l'hypothèse qu'une science du droit – voire *des* sciences du droit – est possible et même qu'elle est souhaitable pour une meilleure mise en œuvre de la justice, notamment en offrant une meilleure formation aux acteurs de cette dernière, peut-être que n'importe quelle science du droit n'est pas désirable. Dans son célèbre article de 1908, « Mechanical Jurisprudence », Pound nous met en effet en garde contre

⁴⁷⁸ Roscoe Pound, *Justice according to Law*, New Haven, Yale University Press, 1951, p. 36, cité et traduit par Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 101.

⁴⁷⁹ Voir sur ce point Roscoe Pound, « The Scope and the Purpose of Sociological Jurisprudence », in *Harvard Law Review*, vol. XXIV, n° 8, 1911, p. 591-619. C'est en tous cas le mouvement qu'il pressent – et espère voir renforcé – lorsqu'il retrace les grandes évolutions de l'histoire de la théorie du droit depuis l'Antiquité. Il se félicite ainsi, au tournant du XX^e siècle, de l'installation durable et solide de la tendance sociologique tant dans la pensée du droit américaine qu'europpéenne, et de la relégation des méthodes historique, analytique et philosophique.

un double danger, qui concerne pour l'un les usagers du droit, et pour l'autre, ceux qui le pratiquent⁴⁸⁰. À l'égard des premiers, Pound insiste sur la fonction pratique du droit. Le droit, nous dit-il, est un outil du quotidien, qui cherche à faire que les relations entre hommes, parfois conflictuelles, puissent s'ajuster les unes aux autres. Pour ce faire, « il ne doit pas devenir artificiel au point que le public soit conduit à le considérer comme totalement arbitraire »⁴⁸¹, mais au contraire, il doit correspondre à un certain « sens commun » de la justice, de sorte qu'on puisse y faire appel dans la vie de tous les jours. Il insiste ainsi sur l'idée d'une « connexion » qu'il faut sans cesse chercher à maintenir entre les besoins des hommes ordinaires, et les règles juridiques. Concernant les praticiens du droit, il pointe un autre danger, lié à la technicisation et à la systématisation qu'ont tendance à introduire toutes les sciences. En effet d'après Pound, toute science est encline à imposer, en plus d'un corps de connaissances et de procédures établies, un paradigme épistémologique et une vision du monde qui peuvent parfois étouffer les initiatives individuelles et la possibilité même de considérer de manière neuve le champ des problèmes à résoudre. La science du droit, écrit Pound, n'échappe pas à ce problème, et souffre de l'hégémonie de certains maîtres à penser et de l'ossification de certaines méthodes. Lorsque c'est le cas, la mise en œuvre de la justice peut devenir, de scientifique, « mécanique ». Elle ne répond alors plus correctement aux besoins juridiques réels des individus et ne parvient pas à accompagner efficacement les évolutions du contexte socio-économique dans lequel elle se situe pourtant. C'est pourquoi il appelle de ses vœux une science du droit soucieuse d'accompagner les grands changements sociaux, qui partage une vision du droit comme outil « d'ingénierie sociale » (*social engineering*), et qui parvienne à trouver un point d'équilibre entre un fixisme ou un formalisme exagéré des règles et des principes, et l'arbitraire du juge. Une telle vision de la science du droit, comme le souligne F. Michaut, fait de la science du droit « une technique au service d'une conception du droit déterminée »⁴⁸², ce qui n'est pas la vision de la science du droit défendue par O. W. Holmes l'un des pères de la *Sociological Jurisprudence*, de laquelle R. Pound se revendique pourtant. Rappelons brièvement en quels termes il définit cette dernière en 1908 :

« Le mouvement sociologique en théorie du droit est un mouvement qui prône le pragmatisme comme philosophie du droit, qui plaide pour l'ajustement des principes et des doctrines aux conditions humaines qu'ils doivent gouverner plutôt qu'à des principes premiers, qui plaide en la faveur de la reconnaissance d'une position centrale au problème humain, et pour la relégation de la logique à sa vraie place, un instrument. »⁴⁸³

⁴⁸⁰ Roscoe Pound, « Mechanical Jurisprudence », in *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908, p. 605-623. Voir en particulier p. 606-607.

⁴⁸¹ « It must not become so completely artificial that the public is led to regard it as wholly arbitrary. » (Nous traduisons), *ibid.*, p. 606.

⁴⁸² Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 88.

⁴⁸³ Roscoe Pound, « Mechanical Jurisprudence », art. cit., p. 609-610 : « The sociological movement in jurisprudence is a movement for pragmatism as a philosophy of law ; for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions

C'est, on le voit sans peine, une vision très utilitariste de la science qui est ici défendue par Pound. Ce mouvement sociologique en théorie du droit auquel il souscrit assume clairement sa part normative : il s'agit bel et bien d'opter *a priori*, pour « un droit qui a certains effets »⁴⁸⁴. Une telle conception s'éloigne beaucoup, d'un point de vue épistémologique, de l'idéal de science prédictive et descriptive défendu par O. W. Holmes. Ceci montre bien, à nouveau, à quel point au sein d'un même courant de pensée les significations attachées à l'idée de science du droit peuvent varier, nous autorisant sans peine à parler de pluralisme en matière de science du droit.

2. L'exemple de la théorie des contraintes juridiques ou comment marier causalité et normativité

Il existe actuellement un modèle en construction – la théorie dite des contraintes juridiques – qui cherche à tenir ensemble plusieurs des thèses et des exigences que nous venons de prendre en compte pour établir une science du droit, en particulier dans le domaine de la prise de décision judiciaire. C'est celle que nous défendons dans ce travail. Cette théorie présente un triple avantage. Premièrement, elle satisfait à l'exigence de nombreux juristes de ne pas diluer la spécificité de la décision juridique en la rabattant sur une explication de la décision en général, et s'astreint à dégager des éléments juridiques d'explication des processus décisionnels, c'est-à-dire à proposer une explication internaliste de la décision juridique. Deuxièmement, et en lien avec ce premier point, elle fait de l'idée de normativité et de celle d'imputation des concepts centraux pour décrire la prise de décision judiciaire, en souscrivant pleinement à l'idée que juger, pour un juge, revient à établir une relation d'imputation en fonction d'un système de normes. Ce faisant, elle garde une forte influence kelsénienne, préservant ainsi une figure théorique centrale de l'histoire de la théorie du droit récente, à laquelle la plupart des juristes reconnaissent une autorité. Enfin, troisièmement, cette théorie des contraintes juridiques étudie les normes et la relation d'imputation d'un point de vue empiriste et causaliste, considérant qu'elles sont des faits observables eux-mêmes causés par d'autres faits en ce qu'elles peuvent être décrites comme des significations d'énoncés juridiques fixées par des autorités habilitées leur donnant ainsi une existence et une efficience. Cette orientation permet ainsi à la fois

they are to govern rather than to assumed first principles ; for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument » (trad. de Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 89).

⁴⁸⁴ Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 89.

de satisfaire à l'exigence issue du réalisme d'une prévisibilité voire d'une prédictibilité des décisions juridiques, et de souscrire à un modèle positiviste de science.

La théorie des contraintes juridiques a été pensée dans les années 2000 au sein du Centre de théorie du droit de l'université de Paris Nanterre, dirigé alors par Michel Troper. On en trouve le manifeste dans l'ouvrage intitulé *Théorie des contraintes juridiques*, paru en 2005⁴⁸⁵. À l'instar des réalistes américains, et dans la continuité de la théorie réaliste de l'interprétation, la théorie des contraintes juridiques postule que les acteurs juridiques jouissent d'une liberté d'action et d'interprétation des énoncés juridiques. Comme eux aussi, elle remarque cependant que les décisions prises dans ce domaine font preuve d'une grande régularité, et partant, d'une certaine prévisibilité, et ne sont pas le fruit du caprice ou de la fantaisie individuelle. Ainsi, selon cette théorie, on ne peut que reconnaître :

« l'existence incontestable du pouvoir interprétatif dont disposent certains acteurs du système juridique. 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. Leur autorité peut être absolue – ne dit-on pas de certaines cours qu'elles sont souveraines –, elle n'est pas pour autant arbitraire. »⁴⁸⁶

Pour les réalistes, cette prévisibilité et cette régularité s'expliquent en grande partie par des facteurs extra-juridiques – psychologiques et sociologiques – qui exercent une détermination sur les comportements des acteurs du droit. Y avoir accès permettrait d'expliquer et de prévoir les décisions prises. Voici comment K. N. Llewellyn décrit ce paradoxe de la liberté contrainte du juge, dans ces célèbres pages de *The Bramble Bush* :

« *Qu'en est-il maintenant du juge en lui-même ?* Est-il une machine, dont la position, l'attitude sont purement mécaniques, et qu'il suffirait d'observer pour en découvrir le fonctionnement ? Est-il une girouette que l'avocat peut faire tourner dans un sens ou dans un autre ? Est-il un despote qui, du fait de la marge de manœuvre que lui offrent les ambiguïtés de son matériau, serait hors de tout contrôle, et qui pourrait prendre telle ou telle décision à sa guise, pour faire une faveur, ou par caprice, ou pour de l'argent ? La réponse à cette dernière question est oui, dans certaines limites ; mais à vrai dire, non. Il *peut* prendre telle ou telle décision. *Mais pas librement*. Car pour lui l'échafaudage logique, ou les échafaudages logiques, sont des moyens de maintenir des liens avec les décisions passées. C'est, en tant que juge, ce qu'il souhaite faire. C'est, en tant que juge, ce qu'il lui faudrait faire même s'il ne le souhaitait pas. C'est la contrainte publique qui s'exerce sur son travail. C'est sa propre contrainte qu'il exerce sur son propre travail. Car si des échafaudages logiques divergents peuvent être construits à partir de cas similaires, ou encore s'effondrer face aux mêmes litiges, *il n'y en a pas tant qui peuvent être construits d'une manière raisonnablement défendable*. Et en définitive, il y en a assez peu parmi eux, voire il n'y en a qu'un seul, en faveur desquels ou duquel les cas antécédents

⁴⁸⁵ Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant & L.G.D.J., 2005.

⁴⁸⁶ Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, in *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, introduction, p. 1.

pèsent. Vous voyez déjà les murs qui se referment autour du juge. Au final, quand tout est terminé, il demeure – en un sens – libre de choisir. Mais dans un autre sens, il ne l’est pas – car il est juge. En tant qu’être humain, son “attitude” – qui découle de sa vie – le conditionne. En tant que juge – ce qui détermine puissamment son attitude – sa conscience le conditionne. »⁴⁸⁷

Le juge, nous dit Llewellyn, se situe bien au carrefour de nombreuses contraintes. Si, en théorie, il peut tout faire, dans les faits, il ne le peut pas, car être juge, dans les faits, implique un ensemble de contraintes sociales et psychologiques qui restreignent drastiquement le champ des possibles. Un juge par exemple, n’a sûrement pas envie de voir ses décisions mises en cause par la profession et par ses pairs, et recherche tout aussi sûrement leur approbation. Partant, on peut s’attendre à ce qu’il se situe dans une conformité avec les décisions passées. On peut également supposer qu’un juge souhaite que ses décisions aient du sens pour les individus qu’elles concernent, et plus largement pour l’opinion publique, de sorte qu’on peut s’attendre à ce qu’il évite de choquer cette même opinion, et prenne par avance en compte les objections ou les controverses qui pourraient découler de ses choix. C’est ce qu’on peut appeler, avec Llewellyn, le « *public check* ». Ainsi, nombre de déterminations psychosociales pèsent sur le juge, à commencer par celles liées à son statut social et politique et aux significations qui y sont couramment attachées.

La théorie des contraintes juridiques ne remet absolument pas en cause cette thèse, bien au contraire. Toutefois, elle ne l’intègre pas dans son édifice théorique et fait le choix de restreindre son champ d’étude aux facteurs intra-juridiques permettant d’expliquer les décisions prises en droit. Elle postule ainsi que ces dernières peuvent être expliquées de manière satisfaisante en faisant apparaître les contraintes intra-juridiques qui s’exercent sur elles, ce qui revient à défendre l’idée que les décisions juridiques sont en premier lieu déterminées par les contraintes juridiques internes que génère tout système juridique, de par son fonctionnement et sa configuration. Elle part ainsi du constat suivant : bien que libres d’agir au sein d’un système juridique, les acteurs de ce système « ne font pas tout ce qui leur est possible de faire, mais s’orientent vers un nombre restreint de solutions » de sorte que « la plupart de celles retenues en droit positif se resserre dans un cadre limité et relativement

⁴⁸⁷ « *What now of the judge himself?* Is he a machine, merely with a set, an attitude, which goes on mechanically, and which an observer requires only to discover? Is he a weather vane which the advocate can blow this way or that? Is he a despot, free of all control, thanks to the leeway offered by the ambiguities of his material, and able at will, or as a favor, or in caprice, or for a price, to throw the decision this way or that? As to this last question, within limits, yes; but much more truly, no. He *can* throw the decision this way or that. *But not freely*. For to him the logical ladder, or the several logical ladders, are ways of keeping himself in touch with the decisions of the past. This, as a judge, he wishes *to* do. This, as a judge, he would have to do even if he did not wish. This is the public’s check upon his work. This is his own check on his own work. For while it is possible to build a number of divergent logical ladders up out of the same cases and down again to the same dispute, *there are not so many that can be built defensibly*. And of these few there are some, or there is one, toward which the prior cases pretty definitely press. Already you see the walls closing in around the judge. Finally, when all is done, he does remain free to choose – in a sense. But not free in another – for he is a judge. As a human being, his “attitude” – the resultant of his life – conditions him. As a judge – and a potent factor in his attitude – his conscience conditions him.» (Nous traduisons), K. N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 77.

cohérent »⁴⁸⁸. Elle affirme en outre qu'on peut fournir une explication purement juridique à ce resserrement de l'éventail des possibles.

On observe donc, entre la théorie réaliste et celle des contraintes juridiques, une divergence quant au type de contrainte pris en compte à titre d'*explanans* des décisions juridiques, qu'il ne faudrait pas comprendre comme une opposition. Ni opposée, ni dérivée, la théorie des contraintes juridiques se situe plutôt à côté des théories réalistes : elle se propose comme une autre perspective sur la prise de décision dans le domaine du droit, dont la spécificité est d'être purement juridique, sans être pour autant purement formelle. Cette indépendance à l'égard des théories réalistes est d'ailleurs clairement assumée :

« Les théories réalistes qui se sont développées aux Etats-Unis au milieu du XX^e siècle ont ainsi invité à prendre en compte des facteurs sociologiques ou psychologiques pour expliquer et prévoir les décisions des juges, depuis leur appartenance religieuse, jusqu'à la qualité de leur petit-déjeuner. L'hypothèse avec laquelle nous avons travaillé est que, à côté de ces facteurs extra-juridiques, il en existe d'autres qui sont internes, c'est-à-dire qui résultent uniquement de la configuration du système juridique. »⁴⁸⁹

Ainsi, chez les réalistes comme dans la théorie des contraintes juridiques, on trouve l'idée commune selon laquelle l'activité des juges, bien qu'elle soit juridiquement sous-déterminée, puisque le juge est libre de choisir entre diverses solutions ou interprétations, est aussi et paradoxalement contrainte, au sens où elle résulte d'un ensemble de facteurs déterminés, observables, et existant en nombre fini, permettant de l'expliquer voire de la prévoir. Réalistes américains et théoriciens de la contrainte juridique sont donc d'accord sur le constat que les acteurs juridiques sont libres d'interpréter les énoncés juridiques et disposent à cet effet d'un réel pouvoir interprétatif, mais que par ailleurs, ces mêmes acteurs n'usent pas de leur pouvoir n'importe comment, et ne font pas un usage arbitraire de leur autorité. Là où il y a divergence de vue, c'est sur l'origine de la contrainte prise en compte : intra ou au contraire extra-juridique.

Selon la théorie des contraintes juridiques, les contraintes internes au système juridique qui limitent la sphère d'agissement des juges peuvent être comprises sur le modèle des règles qui régissent le jeu d'échec. Au cours d'une partie, un joueur peut choisir entre plusieurs coups, tous également permis par les règles du jeu. Imaginons que seul un coup puisse lui permettre de ne pas perdre. Il peut toujours ne pas le jouer, mais supposons en plus que ce joueur soit rationnel et ait connaissance de ce coup, alors :

⁴⁸⁸ Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, in *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », p. 11.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 2.

« s'il joue le seul coup qui le protège de la défaite, il affirmera – et les observateurs compétents également – qu'il y a été contraint. La contrainte ne vient pas de l'extérieur du jeu : sa condition psychologique, sa religion, son idéologie sont indifférentes car tout joueur compétent aurait joué ce même coup. La contrainte ne peut donc provenir que de la situation du jeu à cet instant précis, une situation qui elle-même résulte de tous les coups joués jusque-là, conformément aux règles. Dans ce cas, il est possible d'affirmer que la contrainte vient du système des échecs et de la situation de l'échiquier. »⁴⁹⁰

C'est, d'après les théoriciens de la contrainte juridique, la même chose qui se passe dans le droit : il existerait des configurations du système juridique créant des contraintes telles que, pour un agent rationnel de ce système, il n'existerait qu'un nombre restreint d'actions juridiques possibles, et souvent une seule action juridique adéquate. La contrainte juridique est alors définie comme « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »⁴⁹¹. Il convient alors de distinguer la contrainte juridique d'une simple obligation. Pour les auteurs de cette théorie, la contrainte juridique ne doit pas être confondue avec une obligation, qui présupposerait une règle ou une norme qui pourrait être transgressée. Le terme de contrainte désigne alors une situation de fait dans laquelle se situe un agent du droit, et qui ne revêt pas de dimension psychologique. Il ne s'agit pas non plus d'un sentiment de contrainte qu'éprouverait l'agent en question, mais bien d'une situation objective, d'un ensemble de faits observables, conduisant un agent du droit à agir d'une manière et non d'une autre ou à interpréter un énoncé d'une façon et non d'une autre.

L'existence de ces contraintes tient en grande partie au fait que les acteurs du monde juridique (individus ou instances collégiales) ne peuvent jamais être pensés isolément : la caractéristique de l'*homo juridicus*, c'est qu'il cohabite nécessairement au sein du système juridique avec plusieurs autres acteurs, en fonction desquels il pense son action. Or, tous les acteurs ont la possibilité d'agir les uns sur les autres, voire les uns contre les autres, et ont en même temps – c'est l'une des autres caractéristiques de l'*homo juridicus* – la volonté de voir leurs décisions respectées. Ainsi :

« Chaque décision doit – le “doit” signifiant ici non pas que l'acteur sera soumis à une obligation, mais qu'il est contraint – tenir compte des moyens que le système attribue aux autres acteurs (engager sa responsabilité, dissoudre une assemblée, infirmer une décision, casser, etc.) et anticiper la façon dont ceux-ci peuvent s'en servir. »⁴⁹²

Ces contraintes tiennent par ailleurs au fait que toute décision, si elle veut être obéie et ne pas être accusée d'être le fruit de velléités personnelles et arbitraires, doit être justifiée. « L'épreuve de justification » est donc une contrainte qui naît du système juridique lui-même, qui impose aux acteurs

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 3.

de ce système la nécessité d'étayer de manière solide leurs décisions, ce qui ne manque pas d'orienter également la forme et la teneur des raisonnements justificatifs produits.

Cet exposé permet de faire apparaître l'un des enjeux de la théorie des contraintes juridiques, qui est d'essayer d'échapper à toute forme de psychologisme dans son entreprise d'explication de la décision juridique. Ceci, on le verra, peut être vu à la fois comme l'un de ses points forts, et peut-être, un gage de scientificité, mais aussi l'une de ses lacunes. En effet, en s'appliquant à rendre compte d'un comportement juridique typique, celui de l'*homo juridicus*, elle laisse forcément de côté celui des individus réels, qui n'agissent pas toujours ou pas exactement selon ses règles. Elle recompose plutôt le raisonnement que tient *typiquement* un acteur du monde juridique, et propose en conséquence une explication de son action :

« L'existence et l'identification de la contrainte ne dépendent pas de la façon dont l'acteur a pu concrètement prendre sa décision, ni de la façon dont il peut en rendre compte. Seule importe l'analyse qu'il peut avoir effectuée en tant qu'elle révèle un comportement juridique-type que nous supposons, et que nous caractérisons comme étant celui d'un *homo juridicus* pourvu d'une rationalité juridique spécifique. La perspective adoptée est donc celle d'une reconstruction théorique rationnelle qui tient à dépsychologiser l'étude du processus de décision de l'acteur. »⁴⁹³

L'*homo juridicus*, comme construction théorique, peut être défini comme un acteur du droit ayant les traits typiques suivant : c'est un individu qui connaît parfaitement l'état du système juridique dans lequel il se situe et les interprétations possibles que les autres acteurs peuvent en faire ; concernant ce système, il n'a pas de volonté particulière de s'affranchir des contraintes qu'il impose et de le renverser ; concernant sa place institutionnelle dans ce système, on peut dire de lui qu'il a une propension à vouloir défendre sa sphère de compétence ; il cherche par conséquent à éviter que sa décision ne soit renversée, et à préserver son pouvoir et sa position institutionnelle en produisant pour ses choix les justifications institutionnelles acceptables par les autres acteurs du système juridique. La force de cette construction idéal-typique, pour reprendre la terminologie de Weber, est d'éviter de prêter à un acteur du droit donné des intentions qu'il n'aurait pas, de proposer une explication fondée sur des éléments indémontrables, qui échapperaient à toute observation, et de sombrer dans un subjectivisme impressionniste, concluant à la singularité de toute décision humaine. Elle permet, de surcroît, de rendre compte de la régularité des décisions juridiques, en décrivant des tendances, des inclinations à agir d'une façon plutôt que d'une autre. Elle permet enfin, en prenant l'homme dans sa dimension exclusivement juridique, de nous faire sentir la spécificité du raisonnement *juridique* qu'elle cherche à dissocier des autres dimensions du raisonnement humain.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 14.

Mais on ne peut lui demander plus qu'elle ne peut faire : elle décrit et explique des décisions-type, mais jamais telle décision précise. Ou plutôt, ce qu'elle décrit et explique, c'est uniquement ce qu'il peut y avoir de juridique dans une décision, et qui est probablement, la plupart du temps, une cause majeure de cette dernière. Dès lors, on ne serait pas en présence de l'explication de la décision juridique mais d'une explication possible parmi d'autres. Mais alors, revêt-elle, plus que les autres, une forme de nécessité ? Les motifs juridiques mis au jour ont-ils une force causale supérieure ? Voici comment répondent les théoriciens des contraintes juridiques :

« Pas plus que dans le cas du joueur d'échecs, qui peut être incompetent ou souhaiter laisser gagner son adversaire ou encore avoir une distraction et s'abstenir de jouer le coup qui lui éviterait la défaite. On peut aussi imaginer qu'un joueur incompetent joue malgré tout par hasard le coup qui le sauvera, alors qu'il s'est décidé pour des raisons sans rapport avec une analyse rationnelle de la situation de l'échiquier, par exemple pour obéir à une superstition et accomplir un rite maniaque. [...]. Les choses auraient donc pu se passer autrement ou de la même façon en raison de causes différentes. Cependant, cela n'invalide en rien l'hypothèse des contraintes. D'abord parce que quelle que soit l'explication que l'on donne d'un certain comportement, cette explication restera causale. Ensuite parce que nous ne cherchons pas tant à expliquer des comportements singuliers que des types de comportements, à la manière des économistes lorsqu'ils raisonnent sur la formation des prix et qu'ils l'expliquent par la rencontre de vendeurs cherchant à obtenir le prix le plus élevé et d'acheteurs qui recherchent le prix le plus bas. »⁴⁹⁴

Ils assument totalement la part de reconstruction rationnelle juridique de l'explication fournie, et se positionnent résolument pour une explication macro-juridique, plutôt que micro-juridique. En effet, il ne s'agit pas pour eux de rendre compte, dans le domaine du droit, de ce qu'a d'individuel une décision, mais au contraire de ce qu'elle a de structurel ou de systémique, et donc de juridique. On retrouve alors ici la distinction que fait Aron entre le point de vue micro-événementiel et le point de vue macro-événementiel en histoire, qui correspondent respectivement à des types d'explications, intentionnaliste ou causaliste, et dirait von Wright, à des visions du monde⁴⁹⁵. Ici en effet, on se situe du côté d'une explication causale, qui cherche à isoler dans les décisions juridiques une *causalité juridique*, et qui sait que d'autres explications – causales ou non d'ailleurs – sont possibles.

La causalité juridique dont il s'agit ici doit être comprise comme une relation qui s'établit entre des faits, non entre des normes et des faits. En effet, soulignent les théoriciens des contraintes juridiques, en conformité avec la pensée de Kelsen, on ne peut déduire un fait d'une norme, un être d'un devoir-être. Il ne s'agit même pas forcément d'adopter une ontologie dans laquelle on admettrait que les normes sont des faits, qui comme tels, seraient susceptibles d'entrer dans des relations

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁹⁵ Raymond Aron, *Leçons sur l'histoire*, *op. cit.*, « De l'analyse causale », et G.H. von Wright, *Explanation and Understanding*, *op. cit.*, « Two Traditions ».

causales avec d'autres faits. Il s'agit, ce qui est moins coûteux ontologiquement, de constater que le fait qu'un individu ait conscience d'une norme, c'est-à-dire qu'il sache que cette norme existe, peut être la cause d'un certain comportement. On établit alors une connexion causale entre des faits psychiques – la perception des normes – et des décisions juridiques, sachant que les faits psychiques dont il est question « n'ont pas leur siège dans des consciences individuelles, mais sont eux aussi des faits construits, c'est-à-dire des modèles »⁴⁹⁶. Ainsi, lorsqu'un acteur juridique, parmi tous les choix possibles qui se présentent à sa discrétion, n'en perçoit que quelques-uns, voire, n'en perçoit qu'un seul, c'est qu'il cède à une contrainte, cette dernière ayant « pour effet de réduire les choix possibles »⁴⁹⁷. Si l'on peut montrer que cette contrainte résulte pour cet acteur de la perception des normes juridiques du système dans lequel il se situe, des relations entre ces normes et de ses interactions avec les autres acteurs de ce système, alors c'est que l'on se trouve en présence d'une véritable causalité juridique. Cette causalité juridique que cherche à mettre au jour la théorie des contraintes juridiques doit être comprise comme une causalité faible, et non mécanique. En effet, écrit E. Millard à son propos :

« La conception de la causalité que retient la théorie des contraintes est d'ailleurs assez éloignée de la conception de la causalité qui prévaut dans les sciences de la nature : il ne s'agit pas de relations nécessaires identifiables *a priori*, mais d'une causalité permettant de comprendre, *a posteriori*, pourquoi certains événements se sont produits [...]. »⁴⁹⁸

Cette théorie de la causalité ne prétend en aucun cas atteindre, comme dans les sciences de la nature, une connaissance objective des relations nécessaires qui existeraient entre des catégories de causes et des catégories d'effets, et qui pourraient être identifiées *a priori*, en mettant au jour des lois de couverture. Une *prédiction* fiable des décisions à venir n'est donc pas possible, en revanche, il reste possible de former une *prévision* ce qu'un *homo juridicus* ferait s'il était pris dans tel ou tel système juridique et s'il devait faire face à tel problème ou telle situation.

Ainsi, si on s'accorde à penser qu'une causalité juridique peut être mise en évidence, et qu'elle permet d'éclairer de manière utile les décisions prises dans le monde juridique, alors il faut aussi admettre que cette causalité ne repose sûrement pas sur une conception de la cause telle qu'on a pu la rencontrer chez Hempel, mais plutôt sur une conception proche de celle que l'on peut trouver dans les sciences historiques. La théorie des contraintes juridiques montre en effet quelques accointances avec le modèle de l'explication rationnelle de Dray, même si ce dernier refuse de parler de causalité, et en reste à la notion, ambiguë, de nécessité rationnelle. Les auteurs de la théorie des contraintes

⁴⁹⁶ Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, in *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., introduction, p. 5.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁹⁸ Éric Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 119.

juridiques ne dissimulent d'ailleurs pas leur préférence pour une conception de la causalité proche de celle usitée en histoire, et se réfèrent de manière explicite au concept de rétrodiction chez Paul Veyne⁴⁹⁹.

Dans *Comment on écrit l'histoire*, Veyne défend l'idée que l'histoire n'est pas une science au sens où les sciences de la nature en seraient, mais qu'elle est un « récit véridique ». Deux raisons majeures à cela : la diversité du matériau historique, qui rend difficile la subsumption de ce dernier sous des concepts formels ; l'accès lacunaire à ce matériau qui est donné à l'historien. C'est de cette seconde raison que découle la méthode de la rétrodiction qui caractérise, selon lui, le travail de l'historien. Rétrodire, c'est, comme il le décrit « boucher les trous », combler les lacunes, inférer ce qui manque. C'est construire *a posteriori*, une bonne – la bonne ? – explication d'un effet que nous pouvons constater, mais dont la cause ne nous est pas donnée. Veyne ajoute à cela que la causalité que l'historien cherche à mettre au jour est confuse et irrégulière. S'il y a bien des causes au fait par exemple, que Louis XIV ait été impopulaire, et si, parmi ces causes, on peut de manière rétrodictive, affirmer que c'est en grande partie les levées d'impôts qui se faisaient sous son règne qui y ont contribué, on sait aussi que cette explication causale n'est sûrement pas transposable telle quelle dans un tout autre contexte, et qu'il n'est pas possible d'en tirer une loi générale qui relie l'impopularité des rois à la lourdeur des impôts. C'est que, souligne Veyne, dans le monde humain, quotidien, dans le monde qu'il qualifie, à l'instar d'Aristote, de « sublunaire », il faut toujours se réserver « une marge de flou et aussi une marge d'aléatoire »⁵⁰⁰. Pour opérer une bonne opération de rétrodiction au sein de ce monde sublunaire, il n'est donc pas possible de se réfugier à l'abri de grandes lois, on ne peut que se fonder sur une expérience, celle des répétitions, des régularités et des généralités de l'histoire, à l'exemple du clinicien. Plus cette expérience sera étendue et variée, plus on pourra espérer que les hypothèses rétrodictives formulées soient justes. Leur justesse et leur objectivité variera également proportionnellement en fonction de la richesse ou des lacunes des documents auquel l'historien aura accès.

Plus concrètement, ce type de raisonnement rétrodictif peut être rapproché, compare Veyne, de la « mise en série ». Il donne l'exemple du philologue qui voudrait savoir ce que signifie le mot *rosa* ou de l'iconographe qui voudrait comprendre ce que fait couché sur un lit ce Romain représenté dans un bas-relief. Il collectionnera le plus d'occurrences possibles de *rosa*, ou de représentations de Romains couchés, et en tirera la conclusion que *rosa* veut dire rose et qu'un Romain couché mange ou dort. Cette idée de mise en série permet de faire apparaître ce qui serait, d'après Veyne, le

⁴⁹⁹ Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, « Points Histoire », 1971. Voir, pour la référence explicite : Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, in *Théorie des contraintes juridiques*, p. 5 et 14.

⁵⁰⁰ Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, *op. cit.*, p. 197.

fondement de la rétrodiction :

« ce n'est pas la prétendue constance avec lequel l'effet suit la cause, ce n'est pas non plus le fondement de l'induction, la régularité des phénomènes naturels ; mais c'est quelque chose de très empirique : il existe en histoire des coutumes, des conventions, des types. [...] Si les hommes se conduisaient au petit bonheur et n'étaient que caprices, le nombre de réponses possible serait indéfini et il serait impossible de rétrodire la bonne ; mais les hommes ont des mœurs et s'y conforment à peu près ; le nombre des causes possibles auxquelles on peut remonter est par là limité. »⁵⁰¹

Par suite, donc, il n'existe pas une infinité de rétrodictions possibles, seules quelques-unes, et parfois, une seule, correspondent véritablement à une époque donnée et permettent d'en fournir une compréhension satisfaisante. Le travail de l'historien s'apparente alors, compare Veyne, à celui du détective qui doit, à l'aide des indices glanés au cours de son enquête, éclairer les faits du passé pour tenter d'établir des vérités à son sujet. Ce faisant, il ne cherche pas à établir une vérité qui vaudrait une fois pour toutes, mais cherche à construire la meilleure interprétation possible des faits auxquels il a accès. Cette interprétation va s'affiner au fil des détails que l'historien découvre lors de ses recherches, sachant que ces découvertes dépendent de la manière dont il saisit le contexte historique, et que sa compréhension du contexte historique évolue en fonction des détails découverts. Mais ceci, précise-t-il, ne conduit pas pour autant à un cercle herméneutique, accusation souvent portée contre le travail interprétatif en histoire. En effet écrit-il :

« En réalité, il n'y a pas de cercle du tout, puisque les détails sur lesquels se fonde l'interprétation provisoire du contexte sont autres que le nouveau détail à interpréter ; l'interprétation progresse ainsi à la manière d'un mille-pattes. S'il en était autrement, on n'aurait déchiffré à ce jour aucun texte, sauf par intuition mystique. Pas plus qu'il n'y a de "cercle historique", il n'y a de fuite à l'infini des rétrodictions ; les inférences butent sur les données des documents. Mais, si les inférences ne vont pas jusqu'à l'infini, elles vont du moins très loin. Jusqu'à tisser dans la tête de chaque historien une petite philosophie de l'histoire personnelle, une expérience professionnelle, en vertu de laquelle il attribue tel ou tel poids aux causes économiques ou au besoin religieux, songe ou ne songe pas à telle ou telle hypothèse rétrodictive. C'est cette expérience (au sens où l'on parle de l'expérience d'un clinicien ou d'un confesseur) que l'on prend pour la fameuse "méthode" de l'histoire. »⁵⁰²

Ainsi, lorsque l'on parvient, par rétrodiction, à expliquer de manière causale un événement historique, il faut bien voir que ces relations causales que l'on infère à partir des faits que nous collectons renvoient à un genre causal qu'on pourrait appeler celui de la causalité interprétative. Il s'agit, au vu des données collectées et de l'état des connaissances disponibles, de choisir le spectre causal qui interprète le mieux possible l'événement dont on cherche à faire l'histoire, tout en restant conscient

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 204-205.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 208-209.

de la part d'aléatoire, de confusion et d'irrégularité que revêt tout événement advenu dans le monde sublunaire.

Sur ces différents points, la situation de celui qui veut rendre compte d'une décision juridique est comparable à celle de l'historien qui se situe face à un événement historique à expliquer. Comme lui, il n'a accès qu'à des données lacunaires ; comme lui, il se trouve confronté à une causalité irrégulière, confuse et parfois aléatoire ; comme lui enfin, il part d'un effet constatable et observable – une prise de décision – et cherche à remonter à sa cause hypothétique. L'avantage de la théorie des contraintes juridiques, c'est qu'elle restreint par avance les possibles rétrodictifs, puisqu'elle affirme que seuls l'intéresseront les facteurs explicatifs juridiques. Elle circonscrit le contexte dans lequel certains détails permettront de défendre une explication plutôt qu'une autre. Elle choisit, si l'on reprend la terminologie de Veyne, une certaine *intrigue* – en l'occurrence une intrigue juridique, là où les réalistes choisissent une intrigue plus psychologique, ou sociologique, selon leurs préférences. Dans une pièce dramatique, dans un roman ou un film, une intrigue se définit comme une combinaison de circonstances et d'incidents et comme un enchaînement d'événements qui forment le nœud de l'action. C'est le point nodal autour duquel s'organisent toutes les péripéties qui forment le récit, et qui leur donne sens. Il en est de même en histoire, nous dit Veyne :

« les faits n'existent pas isolément, en ce sens que le tissu de l'histoire est ce que nous appellerons une intrigue, un mélange très humain et très peu "scientifique" de causes matérielles, de fins et de hasard ; une tranche de vie, en un mot, que l'historien découpe à son gré et où les faits ont leurs liaisons objectives et leur importance relative [...]. »⁵⁰³

L'historien sélectionne donc des faits, selon la trame narrative qu'il juge digne d'intérêt, celle qui lui permettra d'éclairer ce qui semblait absurde, celle qui permet de relier entre eux le plus de faits possibles, et mille et une autres encore, selon ses intérêts et ses besoins explicatifs, le degré de précision ou de généralité souhaité. L'intrigue choisie n'a en elle-même rien de nécessaire même si certains faits, presque nécessairement, appellent certains types d'explications plutôt que d'autres. C'est ce que Veyne décrit plaisamment dans le passage qui suit :

« Une intrigue n'est pas un déterminisme où des atomes appelés armée prussienne culbuteraient des atomes appelés armée autrichienne ; les détails y prennent donc l'importance relative qu'exige la bonne marche de l'intrigue. Si les intrigues étaient de petits déterminismes, alors quand Bismarck expédie la dépêche d'Ems, le fonctionnement du télégraphe serait détaillé avec la même objectivité que la décision du chancelier [...]. Quels sont donc les faits qui sont dignes de susciter l'intérêt de l'historien ? Tout dépend de l'intrigue choisie ; en lui-même, un fait n'est ni intéressant, ni le contraire. Est-il intéressant pour un archéologue d'aller compter le nombre de plumes qu'il y a sur les ailes de la victoire de Samothrace ? Fera-t-il preuve, ce faisant, d'une louable rigueur ou

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 51.

d'une superfétatoire acribie ? Impossible de répondre, car le fait n'est rien sans son intrigue [...]. »⁵⁰⁴

En histoire, en effet, les explications fournies sont rarement excentriques ou d'une complexité folle. Elles renvoient à des arguments qui relèvent souvent du bon sens, voire de la banalité. Tel roi a perdu la guerre parce que ses forces armées étaient inférieures numériquement à celles de son adversaire, tel autre a été renversé parce qu'il était devenu impopulaire, tel autre encore a affamé sa population par appât du gain et volonté d'agrandir toujours plus sa fortune personnelle, etc. Ce n'est finalement pas le fond de l'explication qui importe le plus, mais la mise en ordre d'une portion de la réalité qu'elle permet, donnant ainsi accès à sa compréhension. L'histoire, écrit Veyne, « ne dépasse jamais ce niveau d'explication très simple ; elle demeure fondamentalement un récit et ce qu'on nomme explication n'est guère que la manière qu'a le récit de s'organiser en une intrigue compréhensible »⁵⁰⁵.

Il en est ainsi du domaine juridique. Est-il vraiment raisonnable d'envisager d'expliquer la décision du juge sans prendre en compte des éléments juridiques ? Non, bien sûr, et c'est sur cette réponse de bon sens que la théorie des contraintes juridiques s'installe. Qui est le juge ? Un personnage éminent du monde juridique auquel nombre de valeurs, de qualités, des vertus sont attachées, et en premier lieu, un respect inconditionnel de la justice et donc des règles juridiques. Il n'est pas un simple individu, il incarne aussi une fonction, surdéterminée socialement, de laquelle le public attend souvent énormément, et a une conscience aiguë de ces attentes. La théorie des contraintes juridiques a donc raison d'insister sur la part juridique qui conduit les décisions judiciaires, puisque c'est bien en premier lieu en tant que juge que le juge rend ses décisions.

Mais les théories réalistes ont aussi raison de rappeler que derrière la fonction, derrière le juge, se trouve l'individu, qui, comme tout autre, se situe dans un réseau de causes proches ou lointaines, qui exercent également leur détermination. Rendre compte de ces causes fait également partie du travail d'explication des décisions juridiques en général. Le juge en effet, est à la fois un personnage formel, dont toutes les décisions sont irriguées par l'histoire du droit et les nécessités internes au système juridique dans lequel il se situe, et un personnage en prise avec le monde réel, que ses décisions façonnent et modifient, même imperceptiblement. Il est au carrefour de la forme et de l'expérience, du droit et du quotidien, de la règle et de l'exception, pris entre de multiples intrigues. Néanmoins, cette intrication est telle qu'une explication totale de la décision juridique n'est sûrement pas possible, et d'ailleurs, qu'en comprendrait-on ? A-t-on besoin, pour toute décision, de savoir tout du juge, tout des pressions exercées sur lui, quelles qu'elles soient, et tout de sa situation individuelle ?

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 123.

Non, bien entendu, et même s'il est vrai que tous ces éléments font sa décision, ils ne sont pas nécessaires à sa compréhension. Si l'on reprend la remarque de Veyne, de même qu'il n'est sûrement pas essentiel pour un archéologue de compter le nombre de plumes qu'il y a sur les ailes de la victoire de Samothrace pour en produire une explication intéressante, il n'est sûrement pas essentiel de connaître la teneur du petit-déjeuner des juges pour comprendre leurs décisions.

Chapitre IV – Herméneutique contre algorithmes : la décision judiciaire aujourd'hui

À la recherche d'un monde sans interprétation ?

« [...] tandis que l'individu pris isolément est un puzzle insoluble, il devient, au sein d'une masse, une certitude mathématique. Par exemple, vous ne pouvez jamais prédire ce que fera tel ou tel, mais vous pouvez prévoir comment se comportera un groupe. Les individus varient, mais la moyenne reste constante. Ainsi parle le statisticien. »

A. CONAN DOYLE, *Sherlock Holmes*⁵⁰⁶

Rendre compte en totalité, de manière univoque et définitive, d'un fait aussi complexe qu'une décision judiciaire est très sûrement inaccessible, et force est de constater que les différentes tentatives d'explications ou de compréhensions que nous avons rencontrées au cours de nos recherches pèchent toutes par omission d'un pan de la réalité. Chacune, en fonction du point de vue qui est le sien, met au premier plan un aspect qui lui paraît l'emporter sur les autres, ce qui la conduit à opter pour certains traits méthodologiques. On pourrait vouloir trancher, et se ranger à une méthode. Mais pourquoi vouloir impérativement mettre en concurrence ces différents modèles ou en élire un à l'exclusion des autres ? Quand, quel que soit le côté vers lequel on se tourne, se dressent quantité d'arguments bien fourbis, aussi efficaces que séduisants, peut-être est-ce que le problème est mal posé. Car au fond, quand on a dit que les décisions juridiques sont majoritairement prises en fonction de facteurs purement juridiques, ou au contraire, non-juridiques, ou qu'on défend que les causes sociales, politiques, ou encore morales sont les plus décisives, on n'a pas vraiment dit ce que font les juges. Quand on décrit le juge comme l'instrument des lois ou au contraire comme celui qui les instrumentalise, voire les crée, on n'a pas vraiment décrit son action. Que ne nous faut-il pas oublier ? Et si les choses étaient, au fond, très simples, mais que les enjeux soient si cruciaux qu'on peine à les affronter ?

Le juge décide, opine, motive, arrête, rejette, statue, tranche, instruit, et fait encore mille autres choses. Ce faisant, il exerce, à chaque fois, un *pouvoir*. Quel que soit le pouvoir particulier qu'il met en œuvre, celui-ci s'exerce sur la base d'une *interprétation*. Il interprète, entre autres, les textes de

⁵⁰⁶ A. Conan Doyle, *Sherlock Holmes*, T1, « Le signe des Quatre », Paris, Robert Laffont, « Bouquins », 1987, p. 178.

lois, les situations, les dires des uns et des autres, les intentions des prévenus ou du législateur, les précédents ou la jurisprudence, la doctrine, le contexte et les circonstances. Le juge aurait même un pouvoir d'autant plus grand qu'il aurait une plus grande liberté d'interprétation. Le pouvoir d'interpréter est au cœur – peut-être même le cœur – du travail du juge. Le souligner paraît tout à la fois aller de soi et être inconcevable. Car, comment laisser au juge un tel pouvoir, sans aussitôt s'en offusquer et y voir un péril pour nos démocraties ? Si le juge est gardien de la loi, de l'équité, et de la justice, qui donc alors garde le gardien ? Dans ce dernier chapitre, il nous faut alors enquêter sur ce que signifie interpréter pour un juge, sachant que cette interprétation concerne les lois mais également les contextes, les cas, les faits, les attentes, les risques. Si toute décision judiciaire dépend d'un processus interprétatif, alors expliquer la décision judiciaire requiert d'expliquer comment s'effectue ce processus. En outre, toute interprétation implique une marge, qu'on peut entendre comme un espace de liberté, de souplesse mais qui est aussi quelque chose d'imprévisible, et qui admet la possibilité de l'erreur. Si l'interprétation du juge est juste, la décision qui en découle le sera également, mais si c'est l'inverse, les conséquences peuvent être catastrophiques. L'enjeu est donc de taille et on serait enclin à réduire le plus possible la marge d'erreur. À l'heure actuelle, les nouveaux outils de justice numérique prétendent offrir des solutions à ces risques, permettant de réduire les marges interprétatives dont disposent les juges, de leur faire gagner du temps, et d'augmenter leur efficacité. Ils tentent également de mieux informer les justiciables, de prévoir les risques d'une procédure, ou au contraire les possibilités de gains. On s'attachera donc à explorer ces nouvelles modalités de la décision judiciaire, leurs avantages comme leurs limites, les espoirs que l'on peut y mettre comme aussi les risques que cela nous fait prendre.

I. Droit et littérature, Droit et mathématiques : le droit entre interprétation et prédiction

1. Que juger, c'est interpréter

Au cœur de la réflexion sur le travail du juge, on décèle un malaise autour de la question du possible pouvoir discrétionnaire des juges. Il semble qu'on ne puisse l'envisager que de deux manières, tout aussi insatisfaisantes l'une que l'autre : soit les juges ont effectivement un pouvoir

discrétionnaire du fait de la latitude interprétative dont ils disposent, mais cela paraît alors incompatible avec l'idée d'un exercice démocratique de la justice ; soit les juges n'exercent pas un tel pouvoir, mais alors il faut leur nier toute marge interprétative, ce qui paraît cette fois contraire à toute description un tant soit peu réaliste du travail de prise de décision judiciaire, et renvoie le juge à la figure de l'automate et au mythe formaliste du juge-machine. Face à cette apparente impasse, on peut envisager une troisième voie, qui, dans un mouvement comparable à la dialectique hégélienne, combine et dépasse la contradiction que nous venons d'évoquer. Elle trouve son expression la plus claire dans le travail du philosophe et juriste Ronald Dworkin (1931-2013) qui affronte sans détours le pouvoir d'interpréter du juge. Celui-ci défend à la fois que « l'interprétation est l'ordinaire du travail des juges »⁵⁰⁷, et que cet état de fait n'est pas contradictoire avec un fonctionnement démocratique, mais qu'il en est plutôt la condition. Certes les juges interprètent, mais cela ne signifie en aucun cas que cette interprétation soit le fruit de leurs préférences personnelles et confine à l'invention ou à la fantaisie. Car, écrit-il,

« toute conception acceptable de la démocratie suppose le rejet de la suggestion selon laquelle les juges devraient être habilités à créer de nouvelles obligations pour des motifs de pure politique et les appliquer alors rétroactivement pour tenir des gens responsables de ce que, par hypothèse, ils n'avaient pas même le devoir moral de faire. »⁵⁰⁸

Ce faisant, Dworkin inaugure un tournant interprétatif sans pour autant rompre avec le tournant réaliste pris au début du siècle dernier. Comme les réalistes – et on verra que sur bien d'autres points encore, Dworkin s'en rapproche – Dworkin refuse de faire du juge un automate qui ne serait que le prolongement animé de nos codes et de nos lois. Le juge n'est pas réductible à sa seule qualité d'*homo juridicus*. Le droit, et en son cœur, le juge, est un instrument qui accompagne les évolutions voire les transformations sociales et économiques de nos sociétés modernes. Le constater a été l'affaire du XX^e siècle. L'affaire du XXI^e siècle est autrement plus épineuse : en fonction de quels critères et vers quel genre de société le droit et ses juges doivent-ils œuvrer ? Comme l'a fort bien montré R. A. Posner, l'idée d'un paradigme autonome, univoque et unitaire du droit s'évanouit au cours du XX^e siècle, laissant place à une diversité de manières de penser le droit, qui le replacent dans ses interactions constantes avec l'histoire, la vie sociale, la morale et la politique⁵⁰⁹. Sauf qu'en prenant conscience de sa relativité, et en gagnant en réalisme, on se prive du mythe du droit inébranlable, et presque immuable, à l'origine de la régulation et de la stabilisation des comportements humains. Des interrogations non plus seulement économiques et politiques, mais

⁵⁰⁷ Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n°1, 1985, p. 52.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁰⁹ Richard A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », in *Harvard Law Review*, vol. 100, n° 4, 1987, p. 761-780.

également morales et religieuses viennent fissurer le cœur de nos sociétés, montrer les dissensions qui s'y logent et la difficulté à produire une réponse commune. Il suffit de penser aux questions de bioéthique autour de la vie, de son début (procréation médicalement assistée, gestation pour autrui, manipulation ou recherche embryonnaire) et de sa fin (interruption volontaire de grossesse, euthanasie, suicide assisté, soins palliatifs et acharnement thérapeutique). On peut également évoquer les interrogations qui surgissent inmanquablement lorsqu'il s'agit de définir la famille, la parentalité, l'enfant, son intérêt, et ce que cela implique et suppose concernant les questions de genre et les rapports entre femmes et hommes notamment. Toutes ces questions, qui occupent le devant de la scène politique, morale, et religieuse, viennent nécessairement interroger nos lois, leur interprétation et leur mise en œuvre. Ces lois peuvent alors être considérées de plusieurs manières : certains y verront l'origine du problème, d'autres le moyen de le résoudre, d'autres encore estimeront qu'elles sont simplement insuffisantes ou inadaptées face aux nouveaux cas auxquels elles doivent répondre, et cela explique qu'elles soient régulièrement retoquées, repensées, réadaptées. Les questions simples auxquelles elles doivent répondre entraînent des raisonnements sinueux, dans lesquels se présentent divers points de vue et au moins autant d'intérêts, qui sont comme autant d'affluents dont le cours est difficilement maîtrisable. Les juges, face à certaines limites manifestes des lois, peuvent être tentés par des interprétations moins classiques des lois, ou tout simplement ne plus véritablement les appliquer. Ainsi rappelle Isabelle Pariente-Butterlin, les relations homosexuelles entre adultes consentants ont cessé d'être sanctionnées par les juges avant que la loi les condamnant soit abrogée, les juges faisant apparaître dans leur jurisprudence des évolutions sociales incontestables, donnant le signal par là qu'il était temps pour le législateur de reconsidérer ces situations.

On peut alors songer, actuellement, aux débats qui naissent de questions pratiques telles que : quel statut donner, en France, à un enfant né d'une GPA ayant eu lieu à l'étranger ? Dans les procédures de divorce de couple avec enfants, quel mode de garde le juge des affaires familiales doit-il privilégier ? Peut-on ou doit-on faire du féminicide une catégorie différente de l'homicide ? Dans quelle mesure peut-on parler de viol conjugal, comment le prouver et le punir ? Comment clarifier nettement la différence entre l'arrêt des traitements et l'euthanasie ? Comment distinguer le soin de l'acharnement thérapeutique ? Nourriture et hydratation artificielles sont-elles des traitements ? Examiner ces questions – et il en existe bien d'autres – demande d'interpréter les sources légales en présence, mais également de comprendre et d'interpréter les modes de vie et les relations sociales, morales, familiales, médicales, auxquels aspirent les êtres humains qui se sont donné ces lois. Reportons-nous quelques années en arrière. Alors, en cas de séparation d'un couple, la garde des enfants était la plupart du temps confiée aux mères par les juges des affaires familiales, les pères étant traditionnellement moins impliqués dans l'éducation et les soins prodigués aux enfants. Les arbitrages

actuels vont vers des gardes partagées et alternées, à part égale entre les parents, tenant compte des évolutions sociales sur ce point. Au siècle dernier, la plainte pour viol conjugal n'existait pour ainsi dire pas, car l'idée d'un devoir conjugal opacifiait encore la question du consentement dans le mariage. C'était une réalité qui existait pourtant bien, mais ni les violeurs, ni les victimes, ni les tenants du droit ne le pensaient ainsi la plupart du temps. C'est désormais un fait social mieux connu et reconnu, au sujet duquel gendarmes et policiers sont progressivement formés à recevoir des plaintes. Il y a quelques années encore, les meurtres de femmes, en particulier par leur compagnon ou ex-compagnon étaient considérés comme semblables aux autres meurtres ; désormais, ces meurtres tendent à être qualifiés différemment, comme « féminicides »⁵¹⁰ – c'est-à-dire comme des meurtres intrinsèquement liés au fait d'être une femme – sans que ce terme ait à ce jour, en France, d'existence juridique. Prenons un dernier exemple, et pensons à ce qui a fini par prendre le nom de l'affaire Vincent Lambert, et au feuilleton judiciaire et médiatique que cette affaire a représenté. S'y sont affrontés points de vue religieux, médicaux, et juridiques autour de ce patient maintenu en vie de manière artificielle alors qu'il se trouvait dans un état de conscience minimale ne lui permettant pas d'interactions avec le monde extérieur depuis 2008, suite à un accident de la route. En particulier, au cours du traitement médiatique et judiciaire de cette affaire, ont été exposés publiquement les désaccords de la famille proche de Vincent Lambert, sur la question de la dignité de son existence, de la possibilité d'envisager l'arrêt des traitements qui le maintenaient en vie au nom d'un acharnement thérapeutique inacceptable, et des valeurs religieuses que ces questions venaient soulever. Ce dernier est décédé en juillet 2019, après arrêt des traitements – nourriture et hydratation artificielles – qui le maintenaient en vie. Cet arrêt des traitements résulte de décisions judiciaires successives, parfois contradictoires, qui ont constitué en quelque sorte un précipité des débats et des interrogations ayant conduit à l'évolution de la loi encadrant la fin de vie pour arriver à sa forme actuelle. Lorsqu'est votée en 2016 la loi Claeys-Leonetti, du nom, respectivement, du député socialiste de la Vienne Alain Claeys, et du député Les Républicains des Alpes Maritimes Jean Leonetti, l'affaire Lambert est omniprésente et, quoique très exceptionnelle, souvent prise en exemple. Cette loi se pense comme un complément et une précision de la loi Leonetti de 2005. Elle clarifie, entre autres – ce qui est très important dans le cas Vincent Lambert – la distinction entre soins et traitements, et définit par exemple clairement la nourriture et l'hydratation artificielles comme des traitements et non des soins. Elle

⁵¹⁰ Voir par exemple sur cette question Diane Roman, « Féminicides, meurtres sexistes et violences de genre, pas qu'une question de terminologie ! », in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 avril 2014 : « La question se pose d'autant plus que bon nombre de travaux internationaux emploient désormais le vocable anglais de “*femicide*”. Le terme aurait été introduit en langue anglaise au début des années 1990 par deux auteures, Jill Radford et Diane Russell dans leur ouvrage *Femicide : The Politics of Woman Killing*. Il est construit sur la base d'une contraction de *female* et de *homicide*, et est désormais largement employé, même si l'expression de *feminicide* lui est parfois préférée ». En ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/645?lang=en> (consulté le 21/07/22).

renforce l'importance des directives anticipées instituées en 2005 qui désormais s'imposent au médecin et introduit un droit du patient à la sédation profonde et continue jusqu'au décès lorsque celui-ci est en proie à une souffrance insupportable et que le décès est jugé imminent et inévitable. L'apparition de ce nouveau droit à la sédation, le renforcement du dispositif des directives anticipées témoignent par leur seule existence de l'évolution de nos pratiques médicales, mais également de celle de la relation médecin-patient et, plus généralement, de l'évolution de notre rapport, tant social qu'intime, à la mort.

On pourrait multiplier ces exemples. Ils montrent bien la part évolutive du droit, le fait qu'il se situe souvent au cœur de questions philosophiques, politiques, éthiques, morales et sociales majeures, et qu'il manifeste l'état du consensus – ou de l'absence de consensus – sur ces sujets délicats. Cette évolution s'effectue dans une forme de dialogue entre les juges, la société et le législateur. Ainsi écrit I. Pariente-Butterlin :

« On comprend alors, dans l'interface entre le juge et le législateur, la possibilité que la loi s'adapte à la société dont elle est la loi. Il y a une information entre les divers acteurs du droit, et lorsque l'infraction aux lois se banalise, ou se généralise, il devient difficile pour les juges de les condamner systématiquement, donc tout simplement de les condamner. Dès lors la résistance de la société, transmise par les juges, alerte le législateur sur la nécessité de réajuster la loi, et de déplacer, en fonction de ce qui se fait dans la société, les frontières entre le licite et l'illicite. Un tel mode de fonctionnement incite à penser, comme le propose la position juspositiviste, qu'il n'y a pas de bien et de mal en soi, du moins dans le juridique, mais seulement de l'illicite et du licite dont les frontières se déplacent en fonction de la raison ici évoquée. »⁵¹¹

Notons que dans cette triangulation entre société, juges et législateur, les juges ont un rôle pivot extrêmement important. Ce sont eux qui *transmettent* les résistances et évolutions sociales, et qui somment le législateur, par leurs décisions, de retoquer la loi. Ce sont eux encore qui, face à des situations inédites – on a évoqué en ce sens l'exemple du statut des enfants nés d'une GPA à l'étranger et qui sont de retour sur le sol français – doivent dire le droit, lors même que celui-ci, au sens strict, n'existe pas encore. I. Pariente-Butterlin résume alors le paradoxe de la manière suivante :

« il est impossible au juge de refuser de se prononcer sur un cas que lui soumet la justice ; quand bien même il n'y aurait pas une norme qui, explicitement, rendrait compte dans une forme normative [...] de la situation qui lui est soumise. Cela signifie donc que le juge se trouve dans une situation dans laquelle, quelle que soit la nouveauté du cas, il doit dire le droit comme si le droit avait à dire quelque chose sur un cas qu'il n'a pas prévu. [...] Il y a donc une fiction juridique sur laquelle repose le travail du juge : il est mis en demeure de trancher des cas qui lui sont soumis comme si le droit était cohérent et complet, alors qu'il est bien évident que le droit n'est ni cohérent ni complet. »⁵¹²

⁵¹¹ Isabelle Pariente-Butterlin, *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, « Quadrige », 2005, p. 159-160.

⁵¹² *Ibid.*, p. 161-162.

À l'écoute et soucieux de ces questions, qui sont peut-être posées avec une acuité plus grande dans les pays de *common law*, Dworkin fait ainsi partie de ces juristes et philosophes qui ont décidé, en vertu d'un souci de réalisme, de mettre en avant le pouvoir créateur du juge – et en particulier du juge constitutionnel – tout en refusant l'idée d'un pouvoir discrétionnaire de ces derniers, là encore en vertu de cette même préoccupation. C'est bien ainsi que Françoise Michaut introduit l'œuvre de Dworkin, dans l'un des chapitres de son ouvrage sur l'évolution de la théorie de la décision judiciaire dans la doctrine américaine⁵¹³ : elle insiste à la fois sur sa filiation avec le courant réaliste, et sur la rupture qu'il inaugure. Elle présente à la fois les travaux de Dworkin comme une « maturation du paradigme réaliste »⁵¹⁴, mais dans le même temps, elle en fait aussi le point de départ d'une nouvelle approche, n'hésitant pas à parler d'un tournant interprétatif⁵¹⁵. On trouve, sous sa plume, une formulation générale de l'interprétativisme dworkinien et de l'étroite union du droit aux autres sphères de la société, qui montre bien que pour Dworkin, la texture du droit et sa fonction sociale impliquent et sont conditionnées par le travail interprétatif des juges qui sont tout à la fois les serviteurs et les créateurs du droit. Ainsi débutent les premières lignes de la préface de *L'empire du droit* :

« Nous vivons dans le droit et par lui. C'est lui qui fait de nous ce que nous sommes : des citoyens, des employés, des diplômés, des époux et des propriétaires. C'est une épée, un bouclier, et une menace : nous insistons sur notre salaire, nous refusons de payer notre loyer, ou nous sommes forcés d'acquitter des amendes, ou bien nous sommes incarcérés, le tout au nom de ce qu'a décrété notre souverain abstrait et céleste, le droit. Et nous venons encore *débattre* de ce qu'il a établi, même lorsque les livres qui sont censés consigner ses commandements et ses directives restent silencieux. Nous agissons alors comme si le droit avait rendu son jugement dans un murmure trop indistinct pour qu'on l'entendît. Nous sommes des sujets de l'empire du droit, liés par allégeance à ses méthodes et à ses idéaux, obligés en esprit tandis que nous délibérons sur la conduite à adopter en conséquence.

Quel sens cela a-t-il ? Comment le droit peut-il commander lorsque les livres de droit gardent le silence, ou entretiennent l'équivoque ou l'ambiguïté ? Cet ouvrage présente sous une forme développée une réponse que j'élabore peu à peu, par à-coups, depuis plusieurs années, à savoir que le raisonnement juridique constitue une interprétation constructive, que notre droit réside dans la meilleure justification de l'ensemble de nos pratiques juridiques, qu'il réside dans le récit qui présente ces pratiques sous leur meilleur jour. »⁵¹⁶

⁵¹³ Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 231.

⁵¹⁵ « Dworkin inaugure peut-être l'« *interpretive turn* », c'est-à-dire la conception du droit comme interprétation, l'approche herméneutique du droit [...]. Pour le théoricien du droit, le problème est celui de définir un objet d'étude et ce qui compte, c'est le caractère opérationnel de la définition. Sous ce rapport, l'« *interpretive turn* » ne semble pas discutable. Dworkin a défini la philosophie du droit, la théorie du droit au sens de « *jurisprudence* » en anglais, le droit, comme interprétation et cette définition convient parfaitement pour caractériser sa pensée : le droit est une interprétation. », *ibid.*, p. 267.

⁵¹⁶ Ronald Dworkin, *L'empire du droit* (1986), trad. Élisabeth Soubrenie, Paris, PUF, 1994, préface, p. IX.

Ce tournant interprétatif qu'initie Dworkin nous intéresse tout particulièrement. D'abord par la manière qu'a Dworkin d'aborder la question du droit par le prisme du travail du juge et plus encore par la mise en question franche de son pouvoir – principalement interprétatif –, qu'il considère comme un fait irréductible. Ainsi, il n'en nie jamais l'importance ou les dérives possibles, et ne cesse d'en souligner les enjeux moraux et politiques. Bien au contraire, il pense qu'on le limitera d'autant mieux qu'on le comprendra plus. À la manière d'un Montesquieu, il envisage l'empire judiciaire selon le principe du contre-pouvoir, en suivant l'adage selon lequel rien ne limite mieux un pouvoir qu'un autre pouvoir.

Dworkin retient ensuite notre attention car il nous propose une solution pour tenir ensemble les exigences du réalisme juridique telles que nous les avons décrites dans notre premier chapitre – scientificité, positivité, prédictibilité, prise en compte du processus réel de la prise de décision judiciaire et de sa dimension sociale, historique, psychologique, etc. – mais également celles des sciences de l'esprit puis de la philosophie analytique de l'action, dans sa branche intentionnaliste, qui s'attachent, comme nous l'avons évoqué dans notre deuxième chapitre, à souligner les insuffisances de l'approche positiviste, et rappellent les sciences humaines à la spécificité de leur objet, en montrant qu'elles ne pourront pas parvenir à saisir l'homme, ses comportements et ses décisions dans toute leur complexité, par des approches causalistes similaires à celles que la tradition positiviste prête aux sciences de la nature. Il ne se classe ainsi ni parmi les positivistes, ni parmi les jusnaturalistes. Il fait se côtoyer l'approche positiviste et l'approche par l'examen des raisons d'agir ou des intentions, et entend proposer une théorie du droit dans ses relations avec la morale et la politique qui soit bien une théorie juridique, sans pour autant confondre droit et morale – ce qui l'éloigne sensiblement des positions classiques positivistes mais aussi jusnaturalistes et lui vaut en conséquence des attaques venant des deux bords. Dworkin en effet, prend en compte l'homme dans sa dimension culturelle, en tant qu'il s'arrache au monde naturel et ne s'y réduit pas, et qu'il construit un monde normé, peuplé de valeurs morales et politiques qui ont un effet en retour sur chacune de ses décisions. S'il apparaît bien comme jusnaturaliste à certains égards en ce qu'il n'hésite pas à traiter des liens qui unissent le droit et la morale, mais également par sa défense de l'idée de droits de l'homme, opposables à tout type d'État, et en premier lieu par sa défense de l'idée d'une nature irréductiblement libre de l'homme contre laquelle aucun État ne pourrait se dresser, il faut néanmoins bien voir que cette liberté se comprend comme un arrachement à l'état naturel, qui passe en particulier par la construction patiente d'un *continuum* de droit – et de droits – dans le cours de l'histoire. Chaque étape de l'histoire du droit, à laquelle participe tout juge par ses décisions, viserait à parfaire l'édifice des normes juridiques en constante construction. Autrement dit, s'il existe bel et bien des droits naturels et des principes moraux

auxquels s'articulent le droit positif, ceux-ci ne sont pas immuables, et c'est en vain qu'on en chercherait une inscription dans la nature. Ils ne peuvent émerger que dans le cours de l'histoire, au prix d'un travail herméneutique qui ne dispose *a priori* pas de fin.

Dworkin nous intéresse enfin car il est philosophe de formation *et* juriste, et qu'il entend utiliser la méthode philosophique pour constituer une théorie du droit utile pour la pratique judiciaire⁵¹⁷. La méthode philosophique permet d'abord de définir avec précision les concepts centraux du droit et de dissiper certains malentendus les concernant. Elle s'attache à clarifier et à relier entre eux les savoirs juridiques et non juridiques qui constituent le tout du droit, en s'intéressant notamment aux principes politiques et moraux sous-jacents et qu'il faudrait parvenir à mettre au jour. Elle est enfin la méthode par laquelle peut se constituer, de la manière la plus claire et distincte possible, ce que Dworkin appelle le récit ou le roman du droit, en permettant au juge de mieux éclairer ses décisions à la lumière du système complet de droit dont il dépend, de son histoire institutionnelle et du contexte socio-historique dans lequel il se situe. L'examen philosophique lui permettrait ainsi de rechercher dans la grande chaîne du droit, et donc dans la grande litanie des décisions passées, de l'ensemble des lois, de la doctrine et des traditions juridiques et judiciaires, la solution qui rende le mieux compte du système de droit dans son entier et qui soit la plus cohérente avec lui. Dworkin construit alors, pour montrer comment cette méthode philosophique pourrait s'appliquer, pratiquement, à la prise de décision judiciaire, la métaphore d'un « juge imaginaire, doué d'une intelligence et d'une patience surhumaine », qu'il appelle Hercule⁵¹⁸. Dworkin entend en effet construire un idéal-type de juge qui permet d'exposer et d'expliquer ce que, concrètement et effectivement, un juge fait lorsqu'il rend une décision. Hercule est un artifice permettant de rentrer dans la tête du juge et de rendre compte des différentes logiques qui sont les siennes. Hercule est un juge-philosophe idéal qui répondrait à toutes les attentes – même contradictoires – que l'on pourrait avoir à l'endroit du pouvoir judiciaire. Hercule est à la fois dans le droit et hors le droit, il le conserve et le fait progresser dans le même temps, s'adapte aux évolutions morales, politiques et sociales tout en les modelant, bref, il s'inscrit dans la tradition du droit sans s'y enfermer, constituant ainsi le droit en un absolu relatif. Le droit est bien l'horizon absolu à partir duquel et dans lequel les juges décident

⁵¹⁷ Dworkin suit en effet des études de philosophie à Harvard sous la houlette de Quine. On verra par la suite que la philosophie de Quine, en particulier son holisme épistémologique, a une influence majeure sur la théorie de l'interprétation de Dworkin et offre une clef de lecture essentielle de son œuvre. Après ses études de philosophie, Dworkin se consacre à des études de droit, successivement à Harvard et à Oxford. Il travaille ensuite en tant qu'employé du juge Learned Hand à la Cour d'Appel du deuxième circuit de New York, puis dans le prestigieux cabinet d'avocats de New York Sullivan & Cromwell. En 1962, il devient professeur de droit à Yale. Il obtient la chaire de jurisprudence à Oxford en 1969, succédant ainsi à Hart. Il enseigne enfin à Londres et termine sa carrière à l'université de New York.

⁵¹⁸ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 262. Voir sur ce point l'ensemble du chapitre VII, dont on trouve également une version allégée dans l'article Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n°1, 1985, p. 51-79. Voir également Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, révisée par Françoise Michaut, Paris, PUF, « Léviathan », 1995, à partir du chapitre IV, p. 183 et suivantes.

des affaires du monde qui sont portées devant eux, mais ce faisant, ils construisent des réponses juridiques qui évoluent relativement aux transformations sociales auxquelles ils sont confrontés. Hercule est ainsi un herméneute, mais qui pense positivement les conditions de son interprétation du droit, de telle sorte que ses décisions ne sont jamais le résultat d'un décisionnisme moral ou politique qui reviendrait finalement à une naturalisation morale ou politique arbitraire du droit.

On retrouve, dans la description des préoccupations et des raisonnements d'Hercule, de nombreuses similitudes avec la description que fait Veyne du travail de l'historien et la construction de ce qu'il nomme une bonne intrigue, qui conditionne l'élaboration d'une explication historique pertinente. Dans un cas comme dans l'autre, on le verra, il s'agit de découper « une tranche de vie »⁵¹⁹, en en suivant les bonnes articulations, de la même manière que Platon nous dit, dans le *Phèdre*⁵²⁰, que le bon discours, l'art maîtrisé de la dialectique est comparable à celui du bon boucher, qui sait suivre les articulations naturelles de l'animal qu'il découpe. Celui qui maîtrise l'art de la dialectique est en effet celui qui parvient à respecter et à faire apparaître les articulations d'une idée, sa logique propre, en sachant dissocier ce qui doit l'être, sans raccourci ni confusion. Il s'agit donc, pour l'historien comme pour le juge, d'apprendre à bien découper son objet, à jauger de la valeur à accorder à certains faits, circonstances, valeurs, et de faire cette évaluation au présent, c'est-à-dire dans un contexte gros de toute l'histoire passée mais aussi d'aspirations futures. Il s'agit, dans tous les cas, de « rétrodire », c'est-à-dire d'interpréter des faits à la lumière de principes communs, consensuels et globalement partagés, pour établir des vérités à leur propos. Bien sûr, les finalités poursuivies par l'historien et le juge ne sont pas les mêmes, et les enjeux de leurs rétrodictions respectives non plus. Si le premier cherche avant tout et principalement à renouer avec un passé qui nous échappe et à le ressusciter, ce qui peut avoir pour effet secondaire de nous permettre de mieux comprendre le moment présent, la finalité du second est différente. Lorsque le juge se penche sur des faits passés et cherche à en établir le récit, ce n'est pas seulement par curiosité pour ce dernier et par appétence pour une explication par les origines, mais pour se donner les moyens de rétablir ou réparer dans le temps présent un tort ou un dommage, et prévenir dans le futur, s'il est possible, une inflation de ces situations dommageables. S'il s'astreint à établir ce qui a été, à en apporter la preuve, c'est pour ensuite montrer l'écart existant avec ce qui était permis et attendu, pour enfin le résorber, dans la mesure du possible, et, selon l'idéal Justinien, rendre à chacun ce qui lui est dû⁵²¹.

L'ennui, soulignent nombre de détracteurs de Dworkin, est que pour mener à bien cette tâche, il ne faut être rien moins qu'un héros de la mythologie grecque, descendant direct de Zeus. C'est là

⁵¹⁹ Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, « Points Histoire », 1971, p. 51.

⁵²⁰ Platon, *Phèdre*, 265e.

⁵²¹ Justinien, *Institutes*, Livre I, Titre 1.

l'une des critiques les plus fréquentes qui lui sont adressées⁵²². Pour mener à bien sa tâche, le juge aurait besoin d'une connaissance surhumaine, comme l'est la force de Hercule. Pour rendre pleinement justice, il faudrait qu'il connaisse à la perfection tout un système juridique, ses traditions, sa doctrine, son histoire institutionnelle, ses us et coutumes. On attend également de lui qu'il ait une bonne connaissance de la nature humaine, de son siècle, et qu'il parvienne à établir ce qui est dû à chacun sans tenir compte de ses préférences personnelles, sans en tirer profit et ce, au sein d'une société toujours en mouvement. En lui imposant une telle tâche, on risque cependant d'aboutir à l'inverse de ce qui était pourtant souhaité : en formulant des attentes démesurées à l'égard de la justice, que personne ne peut vérifier et contrôler car il faudrait pour cela se mettre au-dessus du juge, on risque de laisser trop de place à l'arbitraire, et donc à l'injuste. Mais en n'exigeant pas autant du juge, en simplifiant son intervention ou en la cantonnant à un rapport quasi automatisé à la loi, on court le danger d'une justice qui occulterait les circonstances et les individus en chair et en os qu'elle a sous les yeux, et qui s'en tiendrait à la gestion et au traitement de dossiers. Le travail de Dworkin est souvent renvoyé à cette alternative insoluble.

Toutefois, on peut entendre la métaphore herculéenne du juge chez Dworkin en un sens éminemment plus fécond que simplement mythique : on peut aussi voir en Hercule un modèle, un exemple, un idéal régulateur à l'aune duquel il faut comprendre et évaluer le travail du juge. Il est ce vers quoi tend le juge, sachant qu'il n'aura jamais autant de temps, de patience, de mémoire, d'intelligence pratique et théorique pour le faire à la perfection en toutes circonstances, et surtout pour pouvoir en rendre compte, comme Hercule pourrait être supposé le faire. Il fera le plus souvent comme Hercule, mais sans forcément être toujours capable de le démontrer de manière complète et définitive – comme le jardinier sait pratiquement quel est le bon endroit pour semer, ou replanter telle plante délicate, comme le luthier sait comment, avec ce bois-là, fabriquer un violoncelle formidable, sans que l'un et l'autre puissent en produire une théorie complète. Il *sait comment* juger, pourrait-on dire en reprenant le mot de Ryle⁵²³, sans pouvoir toujours intégralement expliquer ce qu'il fait et fonder indubitablement ce savoir. D'ailleurs, en éprouve-t-il lui-même le besoin ? En outre, il semblerait que ce soit deux procédures très différentes que de juger – ce qui s'apparente à un

⁵²² Voir par exemple sur ce point l'article de Wanda Mastor, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin. La force d'Hercule et le talon d'Achille », in Jacques Krynen (dir.), *Le Droit saisi par la Morale*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005. En ligne : <https://books.openedition.org/putc/1711> (consulté le 21/07/2022). Voir en particulier la deuxième partie qui conclut au fait qu'Hercule « n'est qu'un mythe. C'est cette existence fictive d'un modèle de juge idéal qui conduit J. Habermas à qualifier l'approche de Dworkin de "monologique". La clairvoyance morale exceptionnelle d'Hercule n'est pas compatible avec la réalité de la faillibilité du jugement humain. Le juge dworkinien, responsable à lui seul de la légitimité du droit dans son ensemble, toujours supposé de bonne foi, se voit confier une mission idéale et surhumaine. Seul le fils de Zeus est capable d'accomplir une telle tâche ; Hercule ne peut donc que relever du monde des idées. Il n'est qu'un concept, et l'absence de toute approche pragmatique est problématique [...] ».

⁵²³ Voir Gilbert Ryle, *La notion d'esprit*, op. cit., chapitre II.

raisonnement pratique – et d’expliquer ce jugement, en le motivant et en le fondant en vérité – ce qui renvoie alors à un jugement théorique. Cela relève de deux postures (acteur / spectateur), de deux questionnements (que faire ? / suis-je ou étais-je fondé à le faire ?) et de deux moments très différents l’un de l’autre (présent de l’action / réflexion *a priori* ou *a posteriori* sur l’action). On retrouve ici le risque de confusion que nous avons relevé précédemment dans le second chapitre entre raisonnement pratique et théorique, et l’habitude dénoncée par Anscombe d’exiger de la connaissance pratique des réponses et des garanties que seule peut offrir la connaissance théorique, pour dénoncer ensuite les insuffisances et les incapacités de la connaissance pratique.

Il ne faudrait donc pas considérer le Hercule de Dworkin comme un mythe témoignant d’un idéalisme non seulement inopérant mais aussi incohérent avec sa volonté de rendre compte effectivement du raisonnement opéré par le juge. Il s’agit bien plutôt d’une tentative pour construire un archétype de ce qu’est effectivement le travail du juge en général, qui se comprend comme une action en première personne, mais dont on ne peut donner, dans un livre de philosophie ou dans un discours en général, qu’une image approchante, puisque le livre ou le discours de théorie du droit s’apparente par avance au domaine d’une connaissance théorique. En outre, on peut associer ce choix du héros antique à une manière de souligner le lourd fardeau qui pèse sur le juge et d’indiquer des pistes pour l’aider. N’oublions pas que chacun d’entre nous, comme individu et comme citoyen, nous lui confions une des responsabilités les plus importantes : rendre véritablement justice, ce qui se situe au fondement de toute vie sociale et individuelle apaisée.

Ceci nous ramène au cœur de la problématique dworkinienne de la nécessité que nous éprouvons d’une part de comprendre l’activité du juge comme un travail d’interprétation, et d’autre part de chercher dans le même temps à clarifier, préciser, encadrer, programmer voire contraindre son activité au point qu’il n’ait presque plus à évaluer ou pondérer les faits et les lois en fonction des situations et des contextes, et qu’à terme en quelque sorte, il n’ait plus à interpréter. Définir l’activité de juger, la borner, mais sans assigner de cadre *a priori* qui soit irrémédiablement fini au champ des décisions judiciaires. Au fond de cette apparente contradiction, on peut sûrement aussi lire un vœu, celui que progressent nos systèmes judiciaires dans leur totalité, depuis la formulation de nos lois jusqu’à leur application concrète. Il s’agit, tout simplement, de chercher à améliorer, dans l’intérêt de tous, les décisions de justice, quant à leur justesse, leur rapidité, leur qualité, leur prévisibilité, leur signification et donc quant à leurs effets sur la conduite des citoyens auxquels elles s’adressent.

2. Un besoin de transparence

Cette problématique et cette volonté de progrès du droit ne sont pas neuves et ont déjà été maintes fois mises en évidence par de grands esprits, philosophes et juristes. L'un des grands enjeux du siècle des Lumières est ainsi d'œuvrer à une restriction du pouvoir judiciaire, notamment en matière pénale, afin de contrecarrer les violences et les injustices générées par l'exercice parfois sans frein de ce pouvoir. Beccaria, et à sa suite Bentham, pour ne citer qu'eux, ont en commun d'avoir en horreur les irrégularités du droit, de la jurisprudence, et de réclamer un droit plus clair, plus rationnel, qui soit véritablement en phase avec la société qu'il administre⁵²⁴. Dans son célèbre *Des délits et des peines*⁵²⁵, Beccaria s'insurge dès l'introduction contre « la cruauté des peines et l'irrégularité des procédures criminelles », contre « les erreurs accumulées de plusieurs siècles » et « le cours trop libre de la puissance mal dirigée, qui a donné jusqu'à présent un exemple long et autorisé de froide atrocité »⁵²⁶. Non contentes d'être très peu efficaces, elles s'avèrent même contreproductives. Contre cet état de fait, Beccaria préconise de modérer les sanctions, d'en effacer la part de cruauté – d'où son plaidoyer en faveur d'une abolition de la torture et de la peine de mort –, de les dégager de la notion de péché, diversement appréciable selon les sensibilités, et d'établir une proportionnalité entre l'échelle des crimes et l'échelle des sanctions. Surtout, il invite à clarifier les sources et les textes de lois, souvent obscurs, redondants, ou mal établis, pour que disparaisse pour le juge la possibilité même d'interpréter les lois, afin que ce droit soit farouchement réservé au souverain législateur, seul dépositaire de la volonté générale. Dès lors :

« Pour chaque délit le juge doit faire un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure est l'action conforme ou non à la loi, la conséquence est la liberté ou la peine. Si le juge fait par contrainte ou par volonté ne serait-ce que deux syllogismes, on ouvre la porte à l'incertitude. »⁵²⁷

Il faut donc faire en sorte qu'à chaque délit ou crime, corresponde toujours la même peine, de sorte que le sort du délinquant ou du criminel ne soit pas soumis à la fantaisie du juge auquel il est présenté. Il s'agit bien là, en établissant une stricte proportionnalité entre crimes, délits et peines, de se prémunir de l'arbitraire du juge, et donc de préserver la liberté du citoyen, qui doit pouvoir prévoir les conséquences judiciaires que lui vaudront ses actes. Comme le dit Dworkin, il n'est pas de liberté là

⁵²⁴ Sur ce point, on peut consulter Michel Porret et Elisabeth Salvi (dir.), *Cesare Beccaria, La controverse pénale XVIII^e-XXI^e siècle*, Rennes, PUR, « Histoire », 2015. Voir en particulier le chapitre de Emmanuelle de Champs, « Bentham et l'héritage de Beccaria : du *Projet d'un corps complet de législation* au *Traité de législation civile et pénale* », p. 99-110.

⁵²⁵ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* = *Dei delitti e delle pene*, introduction, traduction et notes de Philippe Audegean, texte italien établi par Gianni Francioni, Lyon, ENS Éditions, 2009.

⁵²⁶ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 145.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 153.

où le juge peut inventer *a posteriori* des obligations dont on ne pouvait par définition pas avoir connaissance⁵²⁸. Il n'est pas non plus de liberté là où le même acte peut être jugé différemment.

On ne comprend alors que trop bien pourquoi se forme le souhait d'un monde judiciaire prévisible, presque automatisé, dans lequel s'acterait une véritable rationalisation des lois et de leur application, afin que s'amenuise la part d'irrationalité et de hasard qu'insuffle l'humain, ses intérêts, ses passions et ses préférences. Ce souhait peut être formulé d'au moins deux manières, selon la méthode vers laquelle on se tourne pour mener à bien ce projet. On peut, comme nous venons de l'esquisser, suivre la voie dworkinienne. Il s'agit alors de s'attacher à améliorer la compréhension du monde juridique et en particulier le travail – voire l'art – interprétatif que déploient les juges pour pouvoir mieux le circonscrire et se donner les moyens de le perfectionner. La part interprétative du droit est alors assumée et prise à bras le corps comme une donnée élémentaire qu'il serait vain de vouloir ignorer et qu'il vaut mieux chercher à connaître et maîtriser. Mais il est aussi possible, d'un point de vue méthodologiquement opposé, de choisir une tout autre voie, où il s'agit cette fois d'essayer d'amoindrir toujours plus la part interprétative du droit, jusqu'à la faire disparaître totalement. C'était en quelque sorte le rêve des formalistes du XIX^e siècle. Cependant, ils n'ont pu le réaliser qu'au mépris de ce qu'est réellement le droit, en oblitérant tout un pan de réalité, ce que n'ont pas manqué de faire apparaître les courants de la *Sociological Jurisprudence* et du réalisme. Pour établir des modèles de décisions vraiment efficaces, et qui correspondent véritablement à l'image de ceux que les réalistes ont appelé de leurs vœux et qu'ils ont parfois essayé de construire en leur temps, il faudrait prendre en considération une masse de données tant juridiques que non juridiques absolument phénoménale. Les réalistes n'avaient, dans la première moitié du XX^e siècle, pas les moyens de le faire, d'autant qu'ils se fondaient sur des modèles en psychologie et en philosophie de l'esprit que nous jugeons maintenant désuets, ou qui étaient alors inexpérimentés et encore balbutiants. Il semblerait maintenant possible, en s'appuyant notamment sur les nouvelles technologies issues du numérique, qui nous donnent la possibilité de traiter des masses considérables d'informations, d'avancer dans la réalisation de ce rêve. C'est ce que projette de réaliser la justice prédictive.

⁵²⁸ R. Dworkin, « La chaîne du droit », *art. cit.*, p. 52, passage déjà cité.

3. Justice prédictive, *big data* et *open data*

Par « justice prédictive », on entend un domaine de recherche et de techniques qui n'est pas encore circonscrit, et dont la dénomination elle-même n'est pas encore stabilisée. En effet, certains la nomment plutôt « justice digitale »⁵²⁹, tandis que d'autres lui préfèrent le terme de « justice quantitative »⁵³⁰. Ces différentes dénominations présentent toutes des inconvénients importants. Dans la langue anglaise, rappelle Jean-Claude Marin, ancien magistrat et procureur général près la cour de cassation, cela renvoie au verbe « *to predict* » qui signifie à la fois prédire et prévoir⁵³¹. Or, en français, si prédire relève du « prophétique », du « gourou », ou de la « boule de cristal », prévoir renvoie à ce qui est sans surprise, que l'on peut annoncer et déterminer scientifiquement par avance. Il vaudrait mieux en ce sens parler de justice prévisionnelle⁵³². L'appellation de « justice digitale » pose également problème. Warren Azoulay, dans sa recension de l'ouvrage de Antoine Garapon et Jean Lassègue qui mettent au cœur de leur réflexion le terme de justice digitale, rappelle que l'adjectif « digital », en français, renvoie à ce qui appartient ou a trait au doigt, tandis qu'en langue anglaise, « *digit* » signifie chiffre et « *digital* », ce qui utilise des nombres⁵³³. Il vaudrait mieux alors parler de justice numérique. D'autres plaident pour que l'expression « justice quantitative » puisse être retenue. L'emploi de cette expression présente l'avantage de souligner d'emblée que ce type de justice est avant tout une affaire de calcul et non de prédiction : il s'agit en effet, par exemple, de calculer les probabilités de réussite ou d'échec d'une procédure, de calculer le montant moyen d'une indemnité, de modéliser le processus de décision judiciaire pour prévoir la probabilité qu'une certaine décision judiciaire soit prise.

Quoique très critiquable, nous utiliserons malgré tout le plus souvent l'appellation « justice prédictive » pour trois raisons : premièrement, par commodité, parce qu'elle est la plus usitée tant par les scientifiques en général que par les juristes en particulier qui s'y intéressent, et que c'est sous ce

⁵²⁹ On pense évidemment à ce récent ouvrage : Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018, p. 13.

⁵³⁰ On peut citer par exemple Jérôme Dupré, ancien magistrat, et Jacques Lévy-Véhel, mathématicien, directeur de recherches à l'INRIA (Institut national de recherche en sciences et technologies du numérique), et co-fondateur de *Case Law Analytics*, start-up qui se présente comme un outil d'aide à la prise de décision et de quantification du risque judiciaire.

⁵³¹ Jean-Claude Marin, « La justice prédictive. Allocution à la Cour de cassation », in *La justice prédictive – Actes du colloque du 12 février 2018*, sous la direction de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation Paris, Dalloz, 2018.

⁵³² Voir Frédéric Rouvière, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », in *Revue trimestrielle de droit civil*, n°2, Dalloz, 2017, p. 527.

⁵³³ Recension disponible sur le site de la revue *Droit et Société*. En ligne : <https://ds.hypotheses.org/4641> (consulté le 21/07/2022).

nom qu'on trouve la plupart de la littérature à son sujet⁵³⁴ ; deuxièmement parce que la connotation de prédiction qui lui est associée est au cœur des problèmes autant que des espoirs suscités par cette nouvelle approche juridique, et que l'idée de pouvoir prédictif – et pas simplement prévisionnel – n'est pas aussi clairement évincé qu'il y paraît ou qu'on le voudrait. Enfin, l'expression de justice prédictive permet de faire écho, par exemple, à celle de « médecine prédictive », qui désigne cette nouvelle branche de la médecine qui consiste à prévoir les risques qu'un individu développe des maladies, à partir d'une étude personnalisée de ses différences propres (génétiques, environnementales et liées à son style de vie). Toutes proportions gardées, on peut facilement faire des parallèles intéressants entre les avancées et les difficultés rencontrées dans chacun de ces deux domaines.

Ces précautions lexicales étant prises, que signifie au juste l'expression « justice prédictive » ? De manière très simple, on peut définir la justice prédictive comme un processus qui permet de prévoir, en s'appuyant sur des outils numériques, la probabilité qu'une certaine solution soit donnée à un litige, et le risque que cela ne soit pas le cas. Elle est indissociable de la technologie informatique et des récents développements de l'intelligence artificielle qui lui permettent de calculer, à partir d'algorithmes et de logiciels spécifiques, la prévisibilité d'une décision. C'est en ce sens que les anglo-saxons utilisent le terme de *legaltech* pour désigner toute la technologie juridique nécessaire à la numérisation des données et des décisions de justice et à l'établissement d'une justice prédictive. De manière globale, la création de ces outils numériques est motivée par la volonté de développer le domaine de l'information juridique, principalement à l'intention des cabinets d'avocats et des usagers du droit en général. Si l'on prend l'exemple de la *start up* française Predictice, il s'agit pour cette plateforme de proposer, principalement auprès de cabinets d'avocats ou de services juridiques d'entreprises, l'accès à un fonds documentaire (décisions passées, sources juridiques, etc.) constamment mis à jour et augmenté, et à des outils de classement et de recherche perfectionnés permettant de sélectionner par exemple des décisions similaires à une situation étudiée ou de chiffrer des indemnités. Ces outils de calcul peuvent être personnalisés par les juristes suivant leurs besoins,

⁵³⁴ On pense aux récentes manifestations scientifiques autour de cette question qui ont privilégié cette dénomination, comme le colloque intitulé : « Justice prédictive : évolution ? Révolution ? », organisé par la cour d'appel de Paris le 23 mai 2017 en partenariat avec l'association ADEA (anciens du DEA droit privé général), l'université Panthéon Sorbonne et l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne. Le compte-rendu existe en ligne : <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/compte-rendu-du-colloque-sur-la-justice-predictive-evolution-revolution> (consulté le 20/10/20). On peut citer également le colloque intitulé « La justice prédictive », organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation le 12 février 2018, dont les actes ont été publiés. Voir *La justice prédictive – Actes du colloque du 12 février 2018*, sous la direction de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Paris Dalloz, 2018). La même année encore, eut lieu le colloque « La justice prédictive. Risques et avenir d'une justice virtuelle », organisé le 06 avril 2018, à l'antenne de la faculté de droit de Laval, Le Mans Université. Ce colloque a été l'occasion du lancement d'un nouveau parcours « Droit, éthique et numérique » pour la licence en droit de cette faculté.

et les résultats qui en ressortent sont immédiatement transférables dans des conclusions ou des rapports rédigés. Ils présentent évidemment un gain de temps, d'efficacité et de précision indéniables. Prédicite se présente donc comme un outil statistique de quantification (des risques d'un litige, des issues les plus probables d'une affaire, des montants d'indemnités moyens) à partir de son traitement algorithmique d'une grande masse de données issues de la numérisation des décisions de justice. Elle propose également des services de conseils pour des particuliers. Ces technologies et les nouvelles capacités qu'elles dessinent, naissent dans un contexte particulier – nous nous en tiendrons au contexte français, mais certaines des remarques qui suivent sont tout à fait exportables, moyennant quelques adaptations, à d'autres pays – où l'on peut souligner la conjonction d'au moins trois facteurs.

Le premier est le constat, souvent présenté comme unanimement partagé, d'une justice en souffrance. On ne manque alors pas de souligner les délais trop importants de traitements des dossiers, le défaut cruel de moyens humains, inversement proportionné à une demande accrue de justice des citoyens, conjugué à la judiciarisation de certains domaines. On relève également les erreurs judiciaires, liées parfois au manque de temps, d'attention et de moyens imputés à chaque affaire. On s'effraie enfin de l'état des services pénitentiaires (conditions de détention, contrôle et suivi des peines, réinsertion, etc.). Tous ces éléments pris ensemble – et nous n'avons cité ici que ceux qui sont le plus habituellement mis en avant – créeraient une perte de sens et une défiance de la part des citoyens à l'égard de leur justice.

De ce premier constat est comme naturellement tiré le corollaire selon lequel il faut alors réformer la justice⁵³⁵. C'est ici qu'intervient le second facteur : les récentes évolutions numériques pourraient participer à cette réforme et offrir au monde de la justice des outils permettant de prendre en charge, au moins en partie, certaines de ses tâches et de ses procédures, et ce, à moindre coût, de manière plus rapide et parfois plus fiable. On peut ici citer à titre d'exemple le rapport de l'Institut

⁵³⁵ Cette déduction n'est évidemment pas la seule possible. Nombreux sont ceux qui prônent plutôt un investissement en moyens financiers et humains dans le vaste secteur de la justice, arguant du fait que le système judiciaire et pénitentiaire tel qu'il existe en lui-même pourrait très bien fonctionner à condition qu'on lui alloue les moyens nécessaires. Certes, affirment-ils, des améliorations, des innovations et des progrès peuvent toujours être pensés, mais cela ne remet pas en cause le système judiciaire et pénitentiaire qui, de manière générale, est opératoire à condition d'y consacrer un budget conséquent. Si la justice française fonctionne mal voire dysfonctionne, c'est que le budget dont elle bénéficie, quoiqu'en hausse constante depuis plusieurs décennies, est un budget très en deçà des missions qui lui sont confiées, mais également très en deçà des budgets confiés à d'autres postes ministériels, comme par exemple celui confié à la sécurité intérieure (police et gendarmerie). Pour donner un ordre d'idée, le budget alloué à la seule gendarmerie – sans compter la police – est environ équivalent à celui de la justice. En comparaison avec des pays européens voisins, de puissance économique proche, on note que le budget français pour la justice est bien moindre que celui du Royaume-Uni ou de l'Allemagne par exemple. Pour développer ces différents points, on peut lire le discours que Jean-Charles Asselain a prononcé le 29 mai 2006 à la séance de l'Académie des sciences morales et politiques, et qui s'intitule « Les métamorphoses du budget de la justice ». Il y propose une « histoire budgétaire » de la justice française, de 1816 à nos jours et n'hésite pas à parler de réelle « misère » de la justice française. En ligne : <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2006/05/29/les-metamorphoses-du-budget-de-la-justice/> (consulté le 20/11/20).

Montaigne, *think tank* d'inspiration libérale⁵³⁶, qui s'est saisi de ces questions⁵³⁷. Le résumé de ce rapport commence ainsi par souligner le « potentiel du numérique pour transformer le service public de la justice » et continue ainsi :

« Alors que l'institution judiciaire est décrite par de nombreux commentateurs comme en “état de crise”, les appels à une refondation de la justice se multiplient. Le présent rapport n'entend pas se prononcer sur une telle réforme mais souhaite simplement apporter sa contribution à la réflexion sur l'utilisation des outils numériques pour améliorer l'offre de justice dans le domaine civil. »⁵³⁸

On voit dans cet incipit que le constat sur l'état de la justice en France est directement corrélé à l'idée que les nouvelles technologies numériques pourraient sensiblement faire progresser la situation. Même si les rédacteurs de ce rapport se refusent rhétoriquement à livrer leur opinion quant à la nécessité d'une réforme constitutionnelle de la justice, ou à la manière dont elle doit être conduite, il ne fait pas de doute pour eux que le numérique doit y tenir une place conséquente – et donc que d'une manière ou d'une autre, la justice française doit-être refondée – voire que cela peut être une clef pour rétablir une justice solide et fiable⁵³⁹. Ce rapport s'en tient, comme la plupart des entreprises de *legaltech*, à une réflexion restreinte au champ de la justice civile. En effet, dans la mesure où la justice pénale interagit avec d'autres pouvoirs régaliens, et où les lois qui entourent la justice pénale sont plus limitatives, les développeurs de la *legaltech* jugent qu'aucune innovation n'est possible pour le moment dans ces domaines. La justice civile s'avère selon eux « plus simple à appréhender », touchant davantage aux biens, aux services et au commerce, qu'aux personnes et à leur intégrité. De plus, comme elle est « plus fréquemment mise en concurrence avec d'autres formes de justice ou de services, utilisant très souvent les outils numériques », il semblerait « urgent que le service public de la justice civile, comprenant ses dimensions commerciale, économique et sociale, s'interroge de manière spécifique sur l'adéquation de son offre à l'heure des plateformes et des “Big Data” ». La

⁵³⁶ L'Institut Montaigne se présente comme « une plateforme de réflexion, de propositions et d'expérimentations consacrée aux politiques publiques en France ». Voir leur site internet : <https://www.institutmontaigne.org/qui-sommes-nous>. (Consulté le 20/10/20).

⁵³⁷ Rapport de l'Institut Montaigne, « Justice : Faites entrer le numérique », novembre 2017. En ligne : <https://www.institutmontaigne.org/publications/justice-faites-entrer-le-numerique>. Le résumé cité y est également téléchargeable.

⁵³⁸ Résumé du rapport de l'Institut Montaigne, « Justice : Faites entrer le numérique », novembre 2017.

⁵³⁹ On peut également citer ce passage de l'introduction du rapport complet de l'Institut Montaigne, « Justice : Faites entrer le numérique », *art. cit.*, p. 5-6 : « La mise en œuvre rationnelle des technologies ne peut se faire sur la base d'une organisation inadaptée. Il est donc nécessaire de clarifier les missions et responsabilités des divers pouvoirs et autorités dont relève l'institution judiciaire. Tel n'est pas l'objet de la présente étude qui, ne traitant pas de ces questions institutionnelles, se propose simplement de rechercher comment la justice pourrait se réformer par l'innovation technologique. Il ne s'agit donc ici, ni de prendre parti sur la nécessité et le contenu d'une réforme constitutionnelle de l'autorité judiciaire, ni de proposer les mesures propres à régler les difficultés de fonctionnement actuelles de l'administration judiciaire. Le propos de ce rapport est d'examiner en quoi la révolution numérique peut être une opportunité pour moderniser les juridictions, de manière à répondre aux attentes des personnes physiques ou morales qui entendent recourir au service public de la justice ».

fin poursuivie est la suivante : « il s'agira de rechercher en quoi les nouvelles technologies numériques peuvent améliorer la satisfaction de ses usagers »⁵⁴⁰.

Les améliorations peuvent être de divers ordres, et ne concernent pas simplement les usagers du droit, mais aussi les professionnels. La question de l'accès aux données est cruciale : faire en sorte que juges, juristes et justiciables puissent avoir accès facilement et rapidement aux informations juridiques qui les intéressent, avec des logiciels de recherche en rapport avec leurs besoins et leurs compétences. Il peut s'agir de plateformes numériques de conseil ou de plateforme liées à l'aide juridictionnelle ou à l'aide juridique qui soient connectées aux autres services numériques de l'État. Dans un autre domaine, il peut s'agir d'enregistrer et de mettre à disposition du public l'ensemble des débats juridiques. L'un des enjeux est également la simplification des procédures : il peut alors s'agir de dématérialiser certaines procédures, de proposer des formulaires en ligne simplifiés de demande en justice, susceptibles ensuite d'initier une véritable procédure, ou encore d'envisager des audiences à distance en utilisant les nouveaux moyens de visioconférence. Enfin, l'un des éléments-clefs d'amélioration est l'offre en matière de prédiction des issues les plus probables d'une affaire, et de modélisation des procédures, en fonction des risques et des gains escomptés. Les frais de justice pouvant être très importants et les procédures longues et lourdes, les justiciables ont tout intérêt à avoir accès à ce type d'informations et à prendre leurs propres décisions en fonction (intenter un procès, ou y renoncer par exemple, opter pour une certaine stratégie de défense, faire une demande chiffrée pour une indemnité ou une prestation compensatoire).

Toutefois, tout ceci n'a de sens et ne peut prendre forme que dans un contexte numérique et législatif renouvelé. C'est là qu'intervient le troisième et dernier facteur permettant de comprendre le contexte où naissent la justice prédictive et la *legatech* qui l'accompagne. En effet, les ressources numériques dont nous disposons (procédés relevant de l'intelligence artificielle, algorithmes, algorithmes apprenants et logiciels dernière génération) nous permettent désormais de traiter des masses de données extrêmement diverses, qui dépassent l'entendement humain par leur volume, le tout dans un temps record. Mais encore faut-il avoir effectivement des masses de données à traiter. Or, de nombreux États, en décidant de participer à un mouvement international d'ouverture de leurs données publiques, ont permis de fournir cette matière première. C'est ce que l'on appelle l'*open data*. La France a commencé à s'y impliquer dès 2011, par le décret n° 2011-194 du 21 février de la même année, qui crée la mission Etalab. Cette mission poursuit deux buts. Le premier est de créer un portail interministériel de données publiques. Ce dernier a vu le jour fin 2011 sous les traits de la plateforme ouverte *data.gouv.fr*, qui héberge et actualise les jeux de données livrées par l'État et

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 6-7.

recense leurs différentes réutilisations. Son deuxième objectif est de coordonner la politique d'ouverture des données issues de l'État et des différentes administrations qui lui sont liées. L'État français a continué ce mouvement d'ouverture de ses données publiques en signant, en avril 2014, le Partenariat pour un Gouvernement Ouvert (PGO)⁵⁴¹, puis en 2015, un plan d'action national pour le gouvernement ouvert. La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, dite parfois, pour son premier volet, « Loi Lemaire », consacre les orientations précédemment prises. On lit en effet dans l'exposé de ses motifs, que « le numérique constitue une nouvelle opportunité de développement, de croissance et de partage pour notre pays, nos entreprises et nos concitoyens. Il est également un formidable moyen de renforcer les valeurs fondamentales de notre République ». La loi pour une République numérique énonce donc la nécessité de poursuivre et d'étendre les mesures déjà prises selon un double objectif :

« d'une part, donner une longueur d'avance à la France dans le domaine du numérique en favorisant une politique d'ouverture des données et des connaissances ; d'autre part, adopter une approche progressiste du numérique, qui s'appuie sur les individus, pour renforcer leur pouvoir d'agir et leurs droits dans le monde numérique. »⁵⁴²

Le texte de loi s'organise alors autour de trois axes : « favoriser la circulation des données et du savoir », « œuvrer pour la protection des individus dans la société du numérique » et « garantir l'accès au numérique pour tous ». Les décisions de justice issues des juridictions administratives et judiciaires deviennent donc partie intégrante des données publiques ouvertes, mais les articles 20 et 21 en soulignent la spécificité et en encadrent la diffusion. En effet, la diffusion des décisions de justice, qui existait déjà dans une moindre mesure et constitue notre jurisprudence, comporte des données sensibles qui doivent être protégées. Par exemple, il faut faire en sorte que l'identification des personnes dont parlent les décisions soit rendue impossible de même que l'utilisation de leurs données personnelles. Cette mise à disposition progressive des décisions de justice – qui est loin d'être accomplie à ce jour – fournit alors aux entreprises de *legaltech* les *big data* dont elles ont besoin pour alimenter leurs logiciels, algorithmes et outils divers d'intelligence artificielle.

D'une manière générale, ceux qui appellent à une ouverture massive des données relatives aux décisions de justice, affirment que l'on peut en tirer principalement trois bénéfices majeurs. Le

⁵⁴¹ L'annonce en est faite lors de l'ouverture de la Conférence de Paris sur l'*open data* et le gouvernement ouvert. Le PGO naît en 2011 à l'initiative de 8 pays, qui sont maintenant devenus 78. Il regroupe également de nombreux groupements issus de la société civile ainsi que des gouvernements locaux. Il œuvre à la transparence des données publiques et donc aussi à celle de l'action publique, et cherche à remettre les citoyens au cœur de cette action publique qu'ils co-construisent.

⁵⁴² Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, voir l'exposé des motifs. Il est accessible sur le lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000031589829/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId= (consulté le 30/11/20).

premier concerne la relation que les citoyens entretiennent à la justice de leur pays. L'idée est que la transparence des décisions de justice et la possibilité d'y accéder facilement renforcerait – ou restaurerait – le lien de confiance nécessaire entre la justice et les justiciables. Ceux-ci s'inclineraient d'autant mieux devant les décisions juridiques qui les concernent qu'elles leur paraîtraient accessibles et claires. Le deuxième bénéfice attendu repose sur l'idée que les outils numériques, en offrant une mise en ordre et une mise en réseau intelligentes de toutes les décisions judiciaires passées, permettraient aux juristes un meilleur accès, une appropriation ainsi qu'une connaissance plus approfondie de ces décisions, ce qui concourrait à une plus grande harmonisation des décisions prises. Jusqu'ici, la jurisprudence française se fondait sur la synthèse de quelques décisions concernant un type de fait ou de situation, or ici, elle pourrait se fonder sur la totalité des décisions les concernant. On voit ici que les outils de justice prédictive ne s'adressent pas seulement aux usagers du droit, mais aussi aux praticiens du droit. Enfin, troisième bénéfice escompté, il semblerait qu'une meilleure connaissance du droit, offerte cette fois-ci aux néophytes en matière juridique, pourrait largement les encourager à privilégier des solutions à l'amiable. Les outils de justice prédictive, en simulant ce qui se passerait si une affaire était portée en justice, peuvent en effet fournir la base de négociations entre deux parties. Si celles-ci parviennent à trouver un terrain d'entente, il y a alors de bonnes chances pour qu'elles n'éprouvent plus le besoin de recourir à une procédure judiciaire.

De manière radicalement nouvelle, la justice prédictive consiste donc à considérer le droit comme un ensemble de données, et le justiciable comme l'*usager* d'un service. Dans cette optique, le service en question n'est pas forcément public, et les personnes juridiques sont envisagées comme des consommateurs de services juridiques recherchant de l'efficacité et des gains, et pas seulement comme des citoyens soucieux de la mise en œuvre de la justice. Tout ceci ne s'impose pas comme une évidence, loin s'en faut, mais constitue au contraire une rupture importante avec les manières dont le droit était habituellement perçu, tant par les juristes que par les utilisateurs ordinaires du droit. La justice prédictive échafaude une nouvelle définition de la nature du droit et conséquemment, voire, simultanément, invente de nouvelles méthodes. Les outils numériques qu'elle développe s'affinent et se perfectionnent en effet à mesure qu'elle absorbe de nouvelles données du droit. Elle en vient ainsi progressivement à pouvoir proposer des solutions de traitement de litiges beaucoup plus vite que les procédures judiciaires ordinaires, en se fondant sur une quantité d'informations incomparablement plus grande, et ce, apparemment, sans les biais cognitifs inhérents aux juges humains. Ce faisant, la justice prédictive pourrait avoir la prétention, à terme, de parvenir à la formulation de solutions plus documentées, justes, rationnelles et raisonnables, que ce qu'aucun juge humain, travailleur, ingénieux et expérimenté, pourrait espérer. Prenant appui initialement sur l'intelligence judiciaire humaine, et apprenant d'elle, elle parviendrait, au moins dans certains domaines, à créer une intelligence

judiciaire artificielle dépassant largement celle dont elle est engendrée. On pourrait parler ici de justice augmentée, comme on parle de réalité augmentée. Ce processus suppose, pour y parvenir, de déléguer au traitement informatique, et donc à des opérations mathématiques exécutées par des machines, au moins une part du processus de prise de décision judiciaire, pour suppléer aux limites et déficiences inévitables de l'esprit humain. Il suppose également de faire le pari que lorsque les outils de justice prédictive auront suffisamment absorbé de données juridiques – qui sont des données particulièrement sensibles – ils seront en mesure de renforcer voire de remplacer nos procédures actuelles. Le pari est que les risques et les coûts engendrés par ce processus de numérisation de la justice seront moindres que les bénéfices à terme retirés.

4. Mathématisation de la décision judiciaire

Le juriste et magistrat Antoine Garapon et le philosophe Jean Lassègue, dans un récent ouvrage intitulé *Justice digitale*⁵⁴³, consacrent une longue analyse au tournant numérique que vit la justice. Dans une perspective volontairement très critique, ils s'interrogent sur son origine, sa finalité et ses effets. Ce faisant, ils en associent la démarche à une nouvelle approche du droit. Ils lui donnent le nom de « "Droit et mathématiques", en reprenant l'expression de l'anglais "*law and ...*", qui n'a pas véritablement de traduction française »⁵⁴⁴, en référence aux autres mouvements associant le droit à une autre discipline qui ont jalonné l'histoire du droit depuis le XIX^e siècle. À l'instar de ce que nous avons rappelé dans le chapitre précédent, ils remarquent que, d'un point de vue historique, à partir du moment où le droit n'a plus eu la possibilité de compter sur une caution indiscutable venant de dieu ou la nature, celui-ci a eu tendance à rechercher en dehors de lui « un poumon externe de légitimité »⁵⁴⁵, lui permettant de justifier, d'affermir, voire d'agrandir son autorité. Ainsi se comprennent la multiplication des « *law and ...* » : *law and society*, *law and economics*, *law and literature*, etc. A l'heure actuelle, affirment A. Garapon et J. Lassègue, c'est « du côté du paradigme déterministe de la prédictibilité tel qu'il dérive d'un certain modèle des sciences informatiques », et donc d'un modèle mathématique, que le droit recherche sa légitimation.

Notons toutefois que c'est un modèle scientifique d'un genre nouveau que le droit élit ici, car à la différence des mouvements concurrents reliant le droit à une autre science, ici, c'est davantage à

⁵⁴³ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

une *technologie* – une science indissoluble de la technique qui la met en œuvre – qu’il s’en remet. Cet alliage de droit et de sciences informatiques pourrait tout à fait être rapproché de ce que Bachelard appelle une « phénoménotechnique ». De la même manière qu’il souligne dans son étude de la physique atomique contemporaine qu’elle « n’est plus une science de faits », mais « une technique d’effets »⁵⁴⁶, qu’elle ne se réduit plus à une « description de phénomènes », mais qu’elle est aussi « une production de phénomènes »⁵⁴⁷, on peut dire de la justice prédictive qu’elle ne se contente pas de faire apparaître les lois selon lesquelles sont prises les décisions juridiques, mais qu’elle est elle-même génératrice de phénomènes juridiques, et fabrique ainsi une nouvelle portion de réel.

Dans cette perspective, ce qui donne au droit sa légitimité, ce sont d’une part les garanties que lui offrent les procédures informatiques, et d’autre part le savoir mathématique qui est à l’origine de ces procédures. Le point d’appui sur le numérique attribue ainsi « une consistance non pas juridique mais mathématique à une réalité que les juristes ne pouvaient atteindre que par un savoir intuitif et que la statistique approchait de manière trop générale »⁵⁴⁸. Pour appuyer ce propos, A. Garapon donne l’exemple d’une start-up californienne, Lex Machina, concernant les dossiers de brevet⁵⁴⁹:

« [Lex Machina] est capable de produire un savoir sur ces affaires que personne jusqu’ici – ni les juges, ni les avocats, ni la loi, ni les statistiques – ne pouvait atteindre. Un juge spécialisé va avoir à connaître dans sa carrière tout au plus plusieurs centaines d’affaires de brevet mais il ne pourra jamais emmagasiner avec une mémoire infailible les détails de milliers d’affaires. Les big data le peuvent en proposant une connaissance littéralement surhumaine. »⁵⁵⁰

Le recours aux mathématiques comme colonne d’appui d’un projet scientifique n’est cependant pas nouveau. Il n’y a qu’à songer à l’inscription supposément gravée au fronton de l’Académie, « Nul ne doit entrer ici, s’il n’est géomètre », à la manière dont Galilée conçoit notre lecture du grand livre de la nature⁵⁵¹, ou au projet de *mathesis universalis* de Descartes. Foucault, à la fin de *Les mots et les choses*, réfléchit à l’importance des mathématiques dans l’histoire et la

⁵⁴⁶ Gaston Bachelard, « Noumène et microphysique » (1931), in *Études*, Paris, Vrin, 1970, p.17-18.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁴⁸ Antoine Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », in *La semaine juridique*, n°1-2, janvier 2017, §9, p. 48.

⁵⁴⁹ Lex Machina est née en 2006 d’un projet de recherche de l’université de Stanford. Elle a depuis été rachetée par le groupe LexiNexis lui-même appartenant au groupe RELX. RELX est un groupe britannique d’édition à destination des scolaires, des scientifiques et des professionnels, qui anime également de nombreux salons. Il se spécialise également dans l’acquisition et l’utilisation des bases de données pour faire du conseil, de la formation et de l’aide à la prise de décision dans le domaine professionnel.

⁵⁵⁰ Antoine Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *op. cit.*, §10, p. 48-49.

⁵⁵¹ Voir par exemple : Galilée, *L’essayeur* (1623), trad. Christiane Chauviré, Paris, Les Belles Lettres, Annales littéraires de l’université de Besançon, 1980, p. 141 : « La philosophie est écrite dans cet immense livre qui se tient toujours ouvert devant nos yeux, je veux dire l’Univers, mais on ne peut le comprendre si l’on ne s’applique d’abord à en comprendre la langue et à connaître les caractères avec lesquels il est écrit. Il est écrit dans la langue mathématique, et ses caractères sont des triangles, des cercles et autres figures géométriques, sans le moyen desquels il est humainement impossible d’en comprendre un mot. Sans eux, c’est une errance vaine dans un labyrinthe obscur. »

constitution des sciences humaines, et s'intéresse aux tentatives de mathématisation qui jalonnent leur histoire. Il fait apparaître le recours à une formalisation mathématique des savoirs issus des sciences humaines comme une constante de leur histoire et associe ce phénomène non pas simplement à une volonté pour ces savoirs de trouver une légitimité externe, mais à la localisation même de ces sciences dans « l'épistémè moderne ». En effet selon Foucault, on ne peut situer les sciences humaines dans un espace qui leur est propre et qui soit bien délimité. Elles se trouvent bien plutôt dans les interstices d'un « trièdre épistémologique », constitué de trois plans qui ouvrent trois dimensions : celle des « sciences mathématiques et physiques » ; celle des « sciences du langage, de la vie, de la production et de la distribution des richesses », et celle enfin de la « réflexion philosophique ». Chacune de ces dimensions dispose de plans en commun avec les autres, et c'est « dans l'interstice de ces savoirs, plus exactement dans le volume défini par leurs trois dimensions [que les sciences humaines] trouvent leur place »⁵⁵². C'est en ce sens que toutes les sciences humaines se voient à un moment ou un autre, mises en relation avec au moins l'une de ces dimensions. Ainsi, écrit Foucault, toutes les sciences humaines, quelles qu'elles soient, « ont le projet, plus ou moins différé, mais constant, de se donner ou en tout cas d'utiliser, à un niveau ou à un autre, une formalisation »⁵⁵³ et le droit n'y ferait pas exception.

Pour éclairer et mieux comprendre les racines historiques du projet de justice prédictive, qui ferre le droit aux mathématiques, on peut ici examiner une tentative de mathématisation particulière, celle de la mathématique sociale de Condorcet. Cette science qu'il entend construire se comprend typiquement, si on le dit à la manière de Foucault, comme une tentative d'alignement de tous les savoirs à partir de l'horizon des mathématiques. Elle nous intéresse particulièrement car en termes d'histoire des idées, bien des liens peuvent être construits entre le projet de Condorcet et celui, bien plus tardif, de la justice prédictive. Notre but n'est évidemment pas ici de faire une histoire exhaustive des prémisses idéologiques du tournant numérique dans le domaine du droit, ni de faire un exposé détaillé de la philosophie de Condorcet. Il s'agit simplement de souligner et d'esquisser quelques similitudes et continuités particulièrement pertinentes pour notre propos et de montrer une permanence des questionnements et des finalités, même si la technologie numérique contemporaine a tendance à les dissimuler sous une fausse apparence de radicale nouveauté et d'originalité.

Comme Hume quelques temps avant lui, Condorcet se sent très concerné par l'état des sciences qu'il appelle alors les sciences morales et politiques, qui n'ont pas encore de dénomination

⁵⁵² Michel Foucault, *Les mots et les choses, Une archéologie des sciences humaines*, op. cit., p. 358.

⁵⁵³ *Ibid.*

claire⁵⁵⁴, et qui s'attachent à étudier ces objets mouvants et complexes que sont l'homme et la société. Comme beaucoup de ses contemporains, il souhaite que ces sciences acquièrent bien davantage de scientificité. Ce terme de scientificité n'existe pas à l'époque et on lit plus volontiers sous sa plume l'idée qu'il faut faire en sorte que la raison et l'esprit critique les pénètrent de part en part. On ne doit plus, selon lui, s'en tenir à constater et déplorer l'écart qui sépare les sciences physiques des sciences morales : il faut désormais le combler. C'est ainsi que dans son discours de réception à l'Académie Française, en 1782, Condorcet défend l'idée d'une « union entre les sciences et les lettres »⁵⁵⁵. Il voit dans cette alliance, une marque particulière de son siècle

« où, pour la première fois, le système général des principes de nos connaissances a été développé ; où la méthode de découvrir la vérité a été réduite en art, et pour ainsi dire en formules ; où la raison a enfin reconnu la route qu'elle doit suivre, et saisi le fil qui l'empêchera de s'égarer. Ces vérités premières, ces méthodes répandues chez toutes les Nations, et portées dans les deux mondes, ne peuvent plus s'anéantir ; le genre humain ne reverra plus ces alternatives d'obscurité et de lumière, auxquelles on a cru longtemps que la nature l'avait éternellement condamné. Il n'est plus au pouvoir des hommes d'éteindre le flambeau allumé par le génie, et une révolution dans le globe pourrait seule y ramener les ténèbres. »⁵⁵⁶

On rêve, de nos jours, d'un tel optimisme et d'une croyance si viscérale dans le progrès humain et dans les bienfaits de la connaissance.

Les sciences morales, « dont l'objet est l'homme même, dont le but direct est le bonheur de l'homme »⁵⁵⁷, doivent marcher dans les pas des sciences physiques. Elles doivent, petit à petit, s'efforcer de suivre les mêmes méthodes pour acquérir davantage d'exactitude, de justesse et devenir toujours moins dépendantes des capacités rhétoriques de leurs promoteurs. Elles doivent ainsi « acquérir une langue également exacte et précise, atteindre au même degré de certitude »⁵⁵⁸. Ces deux thèmes, celui d'une langue exacte et universelle de la connaissance et celui de la certitude qui doit accompagner les propositions de la science, qu'elle soit physique ou morale, irriguent toute son œuvre. On les retrouve dans son *Tableau général de la science qui a pour objet l'application du calcul aux sciences politiques et morales*⁵⁵⁹. Il faut rappeler que ce tableau est écrit dans un contexte très

⁵⁵⁴ Sur la lente attribution d'un terme stable pour désigner ce que nous appelons maintenant les sciences humaines, en passant par les sciences de l'homme, des mœurs, morales, morales et politiques, ou sociales, on peut se reporter à notre chapitre II, I. 1., en particulier les notes 215, 216 et 217.

⁵⁵⁵ « Discours prononcé dans l'Académie Française, le jeudi 21 février 1782, A la réception de M. le marquis de Condorcet », in *Oeuvres de Condorcet*, Tome premier, publié par Arthur Condorcet O'Connor et François Arago, Paris, Firmin Didot Frères, Libraires, 1847-1849, p. 390 et suivantes.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 392

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ In *Œuvres de Condorcet, op. cit.*, p. 539 et suivantes.

précis. Comme le rappelle Jacqueline Feldman⁵⁶⁰, Condorcet compose ce *Tableau* dans une certaine précipitation. Il n'a pas le temps de le corriger, peut-être même n'est-il pas totalement terminé. Il est urgent pour lui de le publier dans le *Journal d'instruction sociale*, en 1793, dans deux de ses numéros. Dans le contexte post-révolutionnaire, il souhaite participer à l'éducation du peuple, et mettre à sa disposition les connaissances et les méthodes d'acquisition de ces connaissances dont il aura besoin pour penser par lui-même, sur des bases éclairées, et qui lui permettront de prendre ses propres bonnes décisions. C'est dans ces circonstances que Condorcet présente, dans le *Tableau*, le projet de la « mathématique sociale », qui vient élargir celui qu'il avait commencé de bâtir et qu'il appelait auparavant l'« arithmétique politique ». En passant de l'arithmétique aux mathématiques et de la politique au social, on le voit, Condorcet a considérablement étendu le champ de cette science⁵⁶¹. Que recouvre-t-elle au juste ?

La mathématique sociale, comme son nom l'indique, consiste en l'application de la méthode mathématique aux faits relatifs à la société humaine. Une telle science, précise-t-il d'emblée, ne peut naître que dans un certain contexte historique : il faut, d'abord, que les sciences existantes soient arrivées à un certain degré de développement, et qu'elles soient suffisamment conscientes d'elles-mêmes pour pouvoir s'appliquer les unes aux autres ; il faut ensuite un certain degré de liberté et de prospérité pour permettre de cultiver ces sciences et réfléchir à leurs potentielles applications. Elle consiste, plus précisément, dans le fait d'utiliser le calcul de probabilités dans nos prises de décisions afin de mieux mesurer le degré de certitude qui accompagne les motifs que nous avons de croire en quelque chose et d'agir en fonction. Or, rappelle-t-il, concernant notre conduite, la plupart de nos jugements sont conduits sans réelle méthode, « d'après un sentiment vague et presque machinal »⁵⁶², alors qu'ils revêtent souvent une importance capitale. La mathématique sociale vient donc remédier à ce flou qui encadre nos actions. Il s'agit, autrement dit, de quantifier nos raisons de croire à quelque chose et d'agir en conséquence, afin d'éviter un double écueil, celui de la crédulité d'une part, qui est mauvaise conseillère et mère d'erreurs, et celui du scepticisme d'autre part, qui est source de paralysie. Il souligne aussi, dans le contexte trouble de l'après Révolution, à quel point les hommes

⁵⁶⁰ Jacqueline Feldman, « Condorcet et la mathématique sociale. Enthousiasmes et bémols », in *Mathématiques et sciences humaines*, n°172, Hiver 2005, p. 19. En ligne : <https://journals.openedition.org/msh/2955> (consulté le 23/10/2020).

⁵⁶¹ « [...] j'ai cru que le nom de *mathématique sociale* était le nom qui convenait le mieux à cette science. Je préfère le nom de *mathématique*, quoique actuellement hors d'usage au singulier, à ceux d'arithmétique, de géométrie, d'analyse, parce que ceux-ci indiquent une partie des mathématiques, ou une des méthodes qu'elle emploie [...]. Je préfère le mot *sociale* au mot *morale* ou *politique*, parce que le sens de ces derniers mots est moins étendu et moins précis. », *Tableau général de la science qui a pour objet l'application du calcul aux sciences politiques et morales*, in *Œuvres de Condorcet*, op. cit., p. 540-541.

⁵⁶² *Ibid.*

ont besoin de raisonnements fiables et dépassionnés⁵⁶³. Bien entendu, rappelle-t-il :

« Il serait impossible, sans doute, de parvenir à soumettre au calcul toutes ces opinions, tous ces jugements, comme il le serait également de calculer tous les coups d'une partie de trictrac ou de piquet ; mais on pourrait acquérir le même avantage qu'obtient aujourd'hui le joueur qui sait calculer son jeu sur celui qui ne joue que d'instinct et de routine. »⁵⁶⁴

Si nous ne pouvons pas, constamment, calculer toutes nos décisions avec le même soin, on devine qu'il faut le faire pour les décisions qui sont lourdes de conséquences et que l'habitude de le faire nous rend irrémédiablement plus efficaces.

Condorcet en avait déjà expérimenté les bénéfices quelques années auparavant, dans le domaine du droit, ce qui nous intéresse tout particulièrement. En 1785 en effet, dans son *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité de voix*⁵⁶⁵, toujours dans l'optique d'offrir aux sciences morales et politiques la certitude mathématique auxquelles elles ont droit et à laquelle elles peuvent prétendre, Condorcet s'interroge sur les décisions de justice. Là, plus qu'ailleurs peut-être, nos jugements doivent être conduits avec exactitude, car toute erreur judiciaire est insupportable et contrarie cette valeur sociale fondamentale qu'est la justice. Il s'attache alors à montrer comment des calculs de probabilités pourraient être mis en œuvre, pour chaque tribunal, afin de penser, par exemple, le nombre de juges idéal, la manière de conduire le raisonnement, et les mesures à prendre pour éviter qu'un seul innocent soit condamné. Il estime même qu'il s'agit, en matière de justice, d'une nécessité. Dans cet essai comme dans le *Tableau*, il reconnaît que bien souvent un raisonnement conduit avec calcul aboutit au même résultat qu'un raisonnement conduit sans calcul, mais cela lui confère un surcroît d'autorité qui le rend bien supérieur en légitimité. En effet, écrit-il :

« Si nous comparons maintenant le motif de croire les vérités que nous venons d'examiner, avec le motif de croire d'après une probabilité calculée, nous n'y trouverons que trois différences ; la première, que dans les espèces de vérités que nous avons examinées, la probabilité est inassignable, et presque toujours tellement grande qu'il serait superflu de la calculer : la seconde, qu'accoutumés dans le cours de la vie à fonder nos jugements sur cette probabilité nous formons ces jugements sans songer à la nature du motif qui les détermine, au lieu que dans les questions soumises au calcul des probabilités, nous y arrêtons notre attention : dans le premier cas, nous cédon sans le savoir à un penchant involontaire ; dans le second nous nous rendons compte du motif qui détermine ce penchant : la troisième, que dans le premier cas nous pouvons savoir

⁵⁶³ Condorcet fait lui-même les frais de ces troubles puisqu'il meurt en 1794 en prison, dans des circonstances obscures, après avoir été recherché plusieurs mois puis arrêté après qu'il se soit opposé à la Constitution de 1793.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 541.

⁵⁶⁵ Condorcet, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité de voix*, Paris, Imprimerie Royale, 1785. En ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417181/f4.item> (consulté le 21/10/20).

seulement que nous avons des motifs de croire plus ou moins forts, alors que dans la seconde, nous pouvons exprimer en nombre les rapports de ces différents motifs. Ce simple exposé nous suffit pour sentir la nature du motif de croire qui résulte de la probabilité calculée, et toute l'étendue de l'utilité de ce calcul, puisqu'il nous sert à mesurer avec précision les motifs de nos opinions dans tous les cas où cette mesure précise peut être utile. »⁵⁶⁶

L'idée d'une mesure précise de nos motifs de croire et donc à terme de nos raisons d'agir s'avère donc capitale dans le projet de Condorcet d'une mathématique sociale.

Pour être correctement mise en œuvre, la mathématique sociale s'appuie, comme le souligne J. Feldman, sur deux moyens⁵⁶⁷ : le tableau, et la création d'une langue universelle. Le tableau, par sa forme, est plébiscité par Condorcet. Il permet d'abord de classer les éléments que l'on souhaite ordonner pour les connaître. Il fait alors apparaître des récurrences, des régularités. Il permet enfin de penser des combinaisons entre les différentes entrées possibles. Facile d'accès, par sa clarté d'exposition, il appelle ensuite, une fois bien pensé quant à sa nomenclature, à être rempli, continué, étoffé. Pour lui, chacun pourrait s'en saisir et le continuer pour lui-même et pour les autres, au gré de ses expériences. Condorcet, au-delà de la forme tableau, insiste sur la nécessité de créer une langue universelle, qui, par sa précision, puisse éviter les malentendus, les équivoques, les doubles sens. Il s'agirait d'une langue que l'on pourrait entièrement maîtriser, et qui empêcherait que d'autres puissent nous manipuler, en exploitant notre ignorance ou en nous séduisant par leurs roueries rhétoriques. Ce serait une langue parfaite à chaque étape, et perfectible, car elle pourrait se développer à mesure que nos connaissances avancent. Elle se situerait à mi-chemin entre les langues spécialisées, propres à chaque science, et le langage ordinaire. Il s'agit là au fond d'une tentative pour penser une logique symbolique. Il propose lui-même un système de signes premiers, à partir desquels il serait possible de commencer à élaborer cette langue, mais n'arrive jamais au bout de ce projet qui restera à l'état de brouillon, et qu'on ne retrouvera qu'après sa mort. Les enjeux de l'établissement d'une telle langue sont donc cruciaux pour l'élaboration même de toute science, qu'elle soit physique ou bien morale et politique. Car comment connaître le réel dans toute sa vérité sans avoir à sa disposition une méthode d'écriture permettant d'en consigner les éléments et leurs rapports d'une manière qui leur soit parfaitement fidèle ? Ainsi seulement, « la marche de chaque science aurait la sûreté de celle des mathématiques, et les propositions qui en forment le système, toute la certitude géométrique, c'est-à-dire, toute celle que permet la nature de leur objet et de leur méthode »⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ *Ibid*, p. XIV.

⁵⁶⁷ Jacqueline Feldman, « Condorcet et la mathématique sociale. Enthousiasmes et bémols », in *Mathématiques et sciences humaines, art. cit.*, p. 23 et suivantes.

⁵⁶⁸ *Tableau historique des progrès de l'esprit humain, Projets, Esquisse, Fragments et Notes* (1772-1794), groupe Condorcet, dir. Jean-Pierre Schandeler et Pierre Crépel, Paris, INED, 2004, p. 357.

Condorcet esquisse ici le rêve d'une langue miroir⁵⁶⁹ qui reflèterait en toute transparence ce dont elle parle, sans la moindre transformation ni le moindre déplacement. Il s'agit d'abord d'une langue purement descriptive, comme celle que Carnap recherche sans succès plus tard dans son *Aufbau*⁵⁷⁰, en cherchant à réduire toutes les sciences à un système conceptuel d'éléments premiers, communs à toutes les sciences et qui repose sur la logique symbolique. Il s'agit ensuite d'une langue qui s'enrichirait à mesure de notre connaissance du réel. On peut établir un parallèle avec l'écriture numérique en général, qui remplit ces deux caractéristiques, et affirmer que ce serait justement à ce type de langue qu'elle pourrait chercher à parvenir.

Concernant la première caractéristique, on peut affirmer qu'à condition de bien encoder le réel au départ, l'écriture numérique permet, infailliblement, de construire des propositions logiquement justes à partir des éléments premiers de son code. Hélas, là n'est pas la moindre de ses difficultés : quels éléments premiers choisir ? Comment les écrire ? Que savons-nous vraiment d'eux ? Comme le soulignait déjà Condorcet, nous devons souvent faire face à « la nécessité un peu humiliante de reconnaître combien peu nous avons d'idées précises, de notions bien déterminées, bien convenues entre les esprits »⁵⁷¹. Dans le cas de la justice prédictive, le fait de recourir à une technologie et à une écriture numérique peut être lu dans une perspective très similaire : au-delà de la volonté de donner accès à plus d'information et de permettre aux utilisateurs et aux administrateurs de la justice de prendre des décisions bien pesées, il s'agit de rendre plus transparentes les décisions de justice. Cette transparence se comprend au moins en deux sens : au sens d'une absence de dissimulation ou de manipulation, puisque toutes les données sont accessibles et vérifiables ; au sens d'une limpidité, d'une clarté de la compréhension offerte par la mise en ordre logique des données. Cette recherche est chevillée, plus profondément, au désir de transparence que la politique numérique actuellement menée par l'État français manifeste avec le mouvement d'ouverture des données publiques en général et pas simplement des données concernant les décisions de justice en particulier. Il s'agit de participer à faire en sorte qu'il y ait une adéquation totale entre, d'une part les comportements et les échanges réels des individus, d'autre part les lois telles que nous les avons construites et qui encadrent ces conduites, et enfin les décisions juridiques qui viennent appliquer ces mêmes lois.

Concernant la seconde caractéristique, là encore, nous pouvons établir une comparaison entre

⁵⁶⁹ On en trouve également le projet avant lui chez Leibniz, dès ses premiers écrits. En effet, l'idée d'une « caractéristique universelle » est celle d'une langue telle qu'elle pourrait réduire l'ensemble des raisonnements à des calculs, et permettre ainsi une communication universelle, à l'abri de l'erreur. On en trouve la première évocation dans son œuvre de jeunesse, Leibniz, *De arte combinatoria*, (1666) in *Œuvre mathématique autre que le calcul infinitésimal. I, Arithmétique, Algèbre, Analyse*, trad. Jean Peyroux, Bordeaux, Bergeret, 1986. Voir également Frédéric Nef, *Leibniz et le langage*, Paris, PUF, « Philosophies », 2000.

⁵⁷⁰ Rudolf Carnap, *La construction logique du monde* (1928), trad. Thierry Rivain, Paris, Vrin, « Mathesis », 2002.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 357.

la langue universelle que Condorcet essaie de bâtir, et l'écriture numérique utilisée dans la justice prédictive et dans la gestion des *big data* en général. L'une comme l'autre, elles sont perfectibles. De la même manière que la langue universelle de Condorcet se sert des signes déjà connus pour expliquer la valeur des signes nouveaux qu'elle crée à mesure qu'elle découvre de nouvelles vérités, de la même manière, les algorithmes apprenants de la justice prédictive et les bases de données en général s'accroissent, se perfectionnent, se précisent et s'affinent à mesure qu'ils sont mis en œuvre et amassent de nouvelles données, formant ainsi une véritable intelligence artificielle.

Condorcet, par son œuvre donc, apparaît sans conteste comme un précurseur de la mathématisation des sciences sociales⁵⁷². Mais il n'est pas sans regarder avec circonspection l'usage qui peut être fait de ces sciences. Il rappelle que les lumières de la raison peuvent « éblouir les hommes au lieu de les éclairer »⁵⁷³. Il fustige notamment le charlatanisme que peut parfois dissimuler le recours à des techniques scientifiques modernes, et le fait que l'on se réfugie parfois derrière des méthodes si complexes qu'elles éclipsent le réel davantage qu'elles ne le donnent à voir. En effet, souligne-t-il, il n'y a qu'un pas du savant à l'homme rempli de préjugés, et il n'est pas rare que le savant oublie d'interroger la vérité de ses méthodes, tant il a l'habitude de les mettre en œuvre. Certaines erreurs seront donc plus difficiles à détecter car elles seront ensevelies sous des monceaux de méthode et d'habitude. Ainsi écrit-il :

« L'homme à préjugé ressemble donc parfaitement à un Arithméticien, à qui on aurait fait apprendre par cœur une méthode de calculer les éclipses et la théorie de cette méthode sans les lui expliquer, et qui calculerait des éclipses par routine. Il est aisé de voir que cet homme ne s'aviserait pas de douter de la vérité de ces propositions qu'il n'entend pas, et d'après lesquelles il calcule, et il y croirait même très fermement. »⁵⁷⁴

Il ne suffit donc pas d'affubler de chiffres une théorie pour qu'elle soit vraie, même si, bien évidemment, le recours au calcul donne souvent l'impression qu'elle l'est et renforce l'idée, par la routine du calcul qu'il sous-entend, qu'elle le demeurera. On touche là à ce que Condorcet appelle le « penchant à croire ce qu'on a cru », qui a pour lui la même origine que « le penchant à croire constant ce qu'on a vu se répéter uniformément » – l'impression plutôt que le raisonnement – et qui peut aller jusqu'à « s'étendre réellement sur les choses les plus incompréhensibles »⁵⁷⁵. Ainsi, l'un des risques auquel s'expose peut-être la justice prédictive, c'est celui de donner force de justice à une décision

⁵⁷² Jacqueline Feldman souligne l'apport de l'œuvre de Condorcet dans les domaines actuels tels que les mathématiques financières, la statistique inférentielle, la logique symbolique, l'analyse de données, l'analyse combinatoire ou encore la théorie des décisions. Voir sur ce point : « Condorcet et la mathématique sociale. Enthousiasmes et bémols », *Mathématiques et sciences humaines*, art. cit., en particulier p. 21 et 39.

⁵⁷³ Condorcet, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité de voix*, op. cit., version électronique, p. CLXXXVI.

⁵⁷⁴ *Ibid*, p. CXC.

⁵⁷⁵ *Ibid*, p. CXC-CXCI.

par la force du nombre, que l'on peut entendre en deux sens : par l'autorité mathématique qui lui est conférée, et par l'accumulation de décisions similaires que l'harmonisation des décisions de justice encourage sans doute. Enfin, Condorcet ne manque pas de rappeler constamment la difficulté que rencontrent les sciences morales et politiques, par rapport aux sciences de la nature, du fait qu'elles utilisent des termes qui oscillent entre l'usage vulgaire, l'habitude, presque le préjugé, et l'usage scientifique. Dans ces sciences plus qu'ailleurs il convient d'être prudent, car le risque d'erreur, de malentendu, y est accru par la complexité de leur objet et le fait que le savant soit empreint lui-même d'une certaine vision de l'homme. D'où la nécessité de les allier aux sciences du calcul, qui les aideront à se borner elles-mêmes et à progresser avec lenteur et minutie. Condorcet ne tait cependant pas les limites du recours au calcul : en effet dans les sciences morales et politiques – comme dans les sciences physiques insiste-t-il – « il y a peut-être une infinité d'objets qui se refuseront toujours au Calcul ». Cependant, il affirme qu'il faut répondre à cette objection en soulignant que « dans l'un et l'autre genre, le nombre de ceux auxquels le Calcul peut s'appliquer, est également inépuisable », et que, de même qu'il y a des applications ridicules du calcul en science physique, on peut en trouver en sciences morales et politiques, ce qui ne conduit personne à remettre en cause le bien-fondé des sciences physiques.

Ainsi, le fait de se tourner vers les mathématiques n'est pas une démarche surprenante pour les sciences humaines et sociales, et donc pour le droit. Les mathématiques obligent à une méthode précise et rigoureuse, permettent de quantifier la certitude, imposent le raisonnement face à l'impression et au préjugé, favorisent l'abstraction et l'objectivité. Le phénomène de la justice prédictive n'est donc pas étonnant de ce point de vue. Ce qui en revanche l'est davantage, c'est de penser en langage mathématique non seulement le monde, mais également les rapports entre les êtres humains, de supposer qu'il est possible de réguler leurs interactions par ce biais, et de confier cette tâche à des machines. Ainsi, affirment A. Garapon et J. Lassègue, cette nouvelle approche de la justice nous fait entrer dans un « monde post-politique désymbolisé », qui poursuit le rêve « d'un monde où les rapports sociaux ne seraient plus mis en forme par la politique et le droit mais par la technique elle-même »⁵⁷⁶. En ce sens, elle créerait une véritable révolution en s'arrogeant progressivement le pouvoir régalien d'organisation de la vie sociale, jusqu'ici réservé au domaine de la politique et du droit. Mais, ajoutent-ils en passant, cette prise de pouvoir se comprend aussi comme une mise au rebut du récit, à l'exact inverse de ce qu'invite à penser Dworkin. En effet, on le verra, la justice prédictive entend se substituer à l'interaction entre membres habilités à rendre la justice, professionnels du droit (avocats, greffiers, notaires, huissiers) et justiciables, et la rendre plus claire,

⁵⁷⁶ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, op.cit., p. 107-108.

compréhensible, rapide, efficace, en somme plus juste. Elle espère, de ce fait, vider les rapports humains liés à la justice de toutes leurs scories passionnelles, en en finissant avec le décorum judiciaire, la rhétorique de la plaidoirie, ses roueries, ses effets de séduction, etc., pour aboutir à une pleine rationalisation du processus judiciaire. Ainsi, écrit A. Garapon,

« le public est plus rassuré par une vérité établie mathématiquement et scientifiquement que par une décision humaine, fût-elle entourée des garanties procédurales. Les candidats au divorce par exemple s'inclinent plus volontiers devant une statistique leur indiquant un certain montant de prestation compensatoire que devant une ordonnance d'un juge. Ils portent désormais leur croyance sur ce *sentencing by numbers*. »⁵⁷⁷

C'est d'ailleurs exactement ce que soulignait Condorcet en montrant que le raisonnement issu d'un calcul de probabilité, même s'il est la plupart du temps identique à celui effectué sans une telle méthode, comporte une plus-value : il est paré de l'autorité des mathématiques. Mais ce faisant, cette nouvelle approche de la justice court-circuite le système de représentation, politique et juridique, qui existait jusque-là dans les rapports entre justice et justiciables, et qui nécessitait de passer par l'artefact de la mise en récit, et condamne également sans appel toute la partie symbolique et passionnelle qui anime la vie judiciaire. Elle conspire, « contre la représentation à tous les sens du terme, à commencer par le premier, juridique, d'”agir pour autrui” » et bannit du processus judiciaire « les deux dimensions de la violence et du sacré, pourtant anthropologiquement essentielles et sans doute inéliminables »⁵⁷⁸.

5. Le récit interprétatif ou le nombre ? Un double tournant

Le dilemme prend alors la forme suivante : le meilleur des récits du droit, contre l'absence totale de récit ; le tournant interprétativiste d'une approche Droit et littérature contre le tournant numérique d'une approche Droit et mathématiques. Que l'on opte pour l'une ou l'autre des branches de cette alternative, ce qui est pour partie gagné est autrement perdu, et, toujours, un risque est pris. Dans la perspective dworkinienne, qui conserve au juge son rôle d'herméneute, demeure toujours une part d'incertitude dans la décision judiciaire liée au fait que tout n'est pas décidé d'avance et que le poids qui sera donné aux différents éléments entrant en considération dans le jugement n'est pas calculable *a priori*, quoique explicable, justifiable et le plus souvent prévisible. L'erreur judiciaire, le

⁵⁷⁷ Antoine Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *art. cit.*, §18, p. 50.

⁵⁷⁸ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale, op.cit.*, p. 108.

mauvais jugement, une interprétation contestable des faits ou des textes, sont toujours possibles. Toutefois, ce pouvoir laissé au juge préserve, en contrepartie, la possibilité pour une société humaine d'évoluer, de se modifier, de s'amender. Dans la perspective numérique, la part d'indécidable et d'imprévisible semble s'amenuiser au point de disparaître. Les outils numériques offrent comme sur un plateau la connaissance surhumaine que Dworkin décrit comme celle dont aurait besoin Hercule pour prendre une décision juste et qu'il pourrait en tous points justifier. Dans une telle perspective, le justiciable sait par avance ce à quoi il s'expose, les gains ou pertes qu'il peut escompter, car l'issue de son affaire est prévisible. La justice prédictive s'offre à lui comme un outil rapide, puisque les délais, les déplacements sont réduits voire inexistantes. L'immédiateté du numérique, de la solution en temps réel, vient se substituer au temps que prend la mise en récit. Surtout, le citoyen sait qu'il ne fera pas les frais des préférences ou aversions personnelles, politiques ou religieuses des juges, des effets de seuil liés à la fatigue ou à la répétition, d'un moment médiatique défavorable, ou encore d'une négligence ou d'une erreur dans la procédure de traitement de son dossier. Cependant, le vécu particulier d'une audience et des événements qui peuvent s'y jouer, l'effet cathartique que peut permettre le temps long de la procédure et du procès lui sont interdits. Il lui sera difficile de trouver une place pour l'expression des différentes émotions, souvent douloureuses, que ne manquent pas de générer les affaires portées en justice, et d'en espérer une reconnaissance sociale. En outre, du point de vue non plus de l'individu justiciable, mais d'une société dans son ensemble, on peut suspecter que des évolutions substantielles du droit ne pourront apparaître que beaucoup plus difficilement. L'automatisation de la justice risque d'aller de pair avec une logique fixiste, voire sclérosante, interdisant toute forme de progrès et d'imagination. La pression du nombre, à tous les sens du terme, peut uniformiser davantage qu'harmoniser. On le voit, la promesse d'infailibilité n'est pas sans sacrifice, et faire l'économie de l'humain s'avère paradoxalement coûteux.

L'examen de ces deux tournants – interprétativiste et numérique – permet de dessiner deux conceptions de la justice bien différentes, voire divergentes, dont les enjeux politiques, moraux et sociaux méritent d'être étudiés soigneusement. Ce sera la tâche des deux parties suivantes. Pour terminer cet examen, on se propose de les évaluer au regard d'un exemple contemporain, pris dans le contexte français, qui nous permettra de réfléchir à l'importance – et à la difficulté – qu'il y a à penser un pouvoir d'interpréter pour les juges, sans en même temps faire de cette marge d'interprétation nécessaire un argument en défaveur d'une justice rendue aux hommes par d'autres hommes, et par voie de conséquence un argument en faveur de la nécessaire numérisation de la justice. Car si une numérisation de la justice, du moins en partie, est envisageable, mieux vaudrait la choisir pour ses qualités et propriétés propres et non seulement pour éviter les défauts des juges humains. Il faudrait également réfléchir aux domaines dans lesquelles elle pourrait être pertinente, ce qu'elle nous permet

vraiment d'obtenir, et chercher à déterminer plus clairement quels sont les besoins des citoyens, et à quoi peut renvoyer leur désir de justice. Il faudrait enfin se demander si une complémentarité de ces deux justices est envisageable, et à quelles conditions. On peut remarquer, d'emblée, qu'il y a certainement des parties de la justice qui ne se prêtent pas (encore ?) à une numérisation. En prendre conscience peut fournir une indication intéressante pour savoir selon quelles limites envisager une numérisation de la justice.

On peut d'abord penser qu'il existe des secteurs de la justice pour lesquels la question de la prédiction n'est pas une question pertinente et ne présente pas forcément d'intérêt. On peut songer ici à la justice des mineurs et au rôle du juge pour enfants. Celui-ci occupe une place très particulière, dans la mesure où il est le juge qui, plus que tous les autres, dispose d'un panel extrêmement large et varié de mesures, de peines et de sanctions. Le juge des enfants dispose d'une double compétence, à la fois au pénal et au civil, qui concerne respectivement l'enfance délinquante et la protection de l'enfance en danger, avec une mission commune d'assistance éducative, l'enfant délinquant étant lui aussi pensé comme un enfant en danger. En particulier pour lui, la compréhension de la situation particulière d'un mineur, et du sens que pourrait prendre sa décision pour ce dernier – ce qui le projette irrémédiablement vers un futur qu'il ne peut prédire mais qu'il doit conjecturer – sont ce qui lui permet d'expliquer au mieux les mesures qu'il prend, et qui peuvent être multiples. Ainsi, la situation géographique d'un juge, le contexte politique dans lequel il se situe, et la manière dont il perçoit la situation d'un enfant – qu'il suit parfois durant des années, et avec lequel peut se nouer une relation fondamentale – sont autant d'éléments à interpréter et qui ont une influence majeure sur sa manière de traiter chaque cas. Pour s'en convaincre et s'en faire une idée précise, on peut lire avec profit l'ouvrage – difficile à classer – de la juge Laurence Bellon, *L'atelier du juge. À propos de la justice des mineurs*⁵⁷⁹. Dans ce texte, dont elle dit qu'il n'est « ni une étude scientifique, ni un ouvrage de sociologie judiciaire », mais qu'il se comprend comme un « témoignage éclairé par les années d'exercices et par la position d'observateur privilégié que confère le statut d'enseignante à l'ENM »⁵⁸⁰, elle cherche à décrire son travail au plus proche de la réalité de terrain qui est la sienne, et pour cela, s'appuie sur des extraits d'audience, des notes de travail, des documents reçus des enfants qu'elle a suivis ou de leur entourage. Elle y discute également les lois en vigueur et les réformes en cours. Elle souligne à quel point son travail consiste en un « va-et-vient permanent entre la violence, l'émotion, la réflexion et la décision judiciaire », qui doit tenir compte du lieu géographique dans lequel elle se situe, de la personnalité des enfants et de la singularité de leur contexte familial dans sa prise en compte des situations qu'elle a à juger. Autant d'éléments qui excèdent la simple

⁵⁷⁹ Laurence Bellon, *L'atelier du juge. À propos de la justice des mineurs*, Toulouse, Érès, « Trajets », 2011.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 15.

connaissance de la loi. Elle insiste par exemple sur le fait que ses années dans le Nord, au tribunal de Lille l'ont confrontée à des problématiques bien différentes de celles qu'elle a pu connaître dans la région Lyonnaise ou ailleurs où elle a travaillé par la suite. Ainsi, elle affirme sans détour qu'« on ne vit pas de la même façon une crise familiale ou des actes de délinquance dans les petits HLM de Montreynaud, sur les pentes de la Croix-Rousse, dans les villas de Marcq-en-Barœul, ou dans le quartier de la Condition publique à Roubaix »⁵⁸¹. On devine qu'en retour, pour des faits sensiblement similaires, la décision judiciaire ne sera pas la même, et sera fortement influencée par le contexte géographique dans lequel la mesure ou la sanction s'inscrira. Dans cette perspective, la juge L. Bellon souligne à quel point l'office du juge dans une région comme celle de Lille, qui cumule le chômage, une concentration de la pauvreté et de la violence, n'est pas le même que dans des régions moins touchées par la misère. La charge de travail y est largement accrue, le taux de criminalité plus important, et les services de protection de l'enfance sont plus qu'ailleurs débordés. Les réponses du juge pour enfant, au civil comme au pénal, ne peuvent pas être identiques. Elle insiste également sur le fait qu'il est capital, dans son bureau où elle rend la justice, que les situations puissent être décrites, dites, formulées, par les diverses parties en présence. Elle reproduit ainsi beaucoup les mots ou les phrases des enfants, et de leur entourage, et justifie ce parti pris ainsi :

« Rendre la justice ne signifie pas “dire la loi” comme si elle pouvait être révélée, mais prendre connaissance des pièces d'un dossier, écouter des enfants, des parents des victimes, des travailleurs sociaux, des psychiatres, des avocats, donner la parole, poser des questions et puis juger. C'est-à-dire prendre position, décider, arbitrer. La justice n'existe qu'avec des mots, ceux inscrits dans les textes des codes mais aussi les mots vivants des justiciables et des juges. [...] Il m'est apparu essentiel de donner à “entendre” les mots que des enfants et des parents ont prononcés pour me transmettre les expériences, parfois extrêmes, qu'ils avaient pu vivre. Ces mots-là, et pas n'importe quels mots plus édulcorés ou mieux choisis. »⁵⁸²

Les situations que le juge pour enfants a en charge semblent être irrémédiablement uniques, bien qu'elles portent de nombreux traits communs, de sorte qu'on peine à imaginer que ce pan-là de la justice puisse souffrir d'être digitalisé. Prendre ainsi en compte la particularité de certains domaines de la justice – ici, celle qui s'adresse aux enfants, et qui s'envisage dans une logique non pas de sanction d'un citoyen pleinement responsable de lui-même, mais de participation à son éducation et à la construction de son identité de citoyen en devenir – permettrait de dessiner certaines limites au-delà desquelles une numérisation de la justice n'est pas souhaitable.

On peut penser également qu'il existe des secteurs de la justice pour lesquels les outils de justice numérique voire une justice numérisée ne serait ni possible ni désirable. On observe

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 14-15.

notamment que jusqu'à ce jour, lors de toutes les tentatives d'introduction d'outils de justice numérique, le domaine de la justice pénale a fait exception et est restée à part. En effet, les différents types de *legaltech* ne cherchent pas – pour le moment – à l'investir, estimant que la justice pénale, par définition, touche trop aux personnes et à leur intimité et que par principe, elle prend en charge des cas trop singuliers pour qu'il semble possible de tirer suffisamment de régularités pour pouvoir fournir des prédictions efficaces. On pourrait en plus ajouter que ces affaires mettant en jeu des affects et des relations très complexes entre êtres humains nécessiteraient par principe un regard humain et un traitement de part en part humain et non standardisé.

Mais pour autant, les outils de justice numérique peuvent être utilisés d'une autre manière : non pas pour désigner une décision, mais en tant qu'élément d'information que le juge peut consulter dans son processus de raisonnement et de délibération judiciaire. On peut imaginer qu'ils puissent par exemple fournir des statistiques intéressantes concernant la manière dont certains crimes sont traités ou au contraire classés, les évolutions que l'on peut voir apparaître ou que l'on voudrait voir apparaître, qui seraient autant d'indications pour les juges à prendre en compte dans leur pratique judiciaire. On peut à ce titre prendre l'exemple des décisions de libération conditionnelle avant un procès et s'appuyer sur une étude de 2017⁵⁸³, faite aux États-Unis, à partir d'un panel de 100 000 décisions d'une même juridiction, dans une ville importante. Les auteurs de cette étude ont pensé une méthode statistique, qui consiste, selon un calcul en trois étapes, à sélectionner certains indicateurs – comme l'âge de l'accusé, le nombre d'audiences manquées – à attribuer un nombre de points de risque à ces facteurs en fonction des données réelles déjà observées, et à l'appliquer à de nouvelles situations en recommandant une libération ou un maintien en détention. Par exemple, un accusé ayant 35 ans, et ayant manqué seulement un rendez-vous, présente un facteur de risque suffisamment bas pour le recommander à une libération conditionnelle. Sa tranche d'âge lui attribue en effet 2 points de risque, le fait d'avoir manqué une date d'audience, 6 points, ce qui le porte à un total de 8 alors que le seuil de risque non acceptable, conduisant à une réponse négative, est fixé à 10. Le juge qui se fonderait sur ce calcul statistique n'a qu'à additionner les points liés à ces deux facteurs en consultant un tableau très simple, et n'a même pas besoin d'un ordinateur pour ce faire. Selon les auteurs, ce calcul statistique préalable, qui repose sur le traitement de nombreuses données, mais s'utilise ensuite de manière extrêmement simple, s'avère très performant. Cela permettrait de diminuer très sensiblement le nombre d'accusés détenus en préventive sans augmenter le nombre de cas de fuite, et donc de soulager les institutions carcérales. Ensuite, étant donné que selon les juges les taux de

583 Jongbin Jung, Connor Concannon, Ravi Shroff, Sharad Goel, Daniel G. Goldstein, « Creating Simple Rules for Complex Decisions », *Harvard Business Review*, avril 2017. En ligne : <https://hbr.org/2017/04/creating-simple-rules-for-complex-decisions>.

libération conditionnelle peuvent varier quasiment du simple au double, cela permettrait d'égaliser le traitement des prévenus, d'éviter des incarcérations inutiles de même que les libérations donnant lieu à une évasion de la procédure. Enfin, ajoutent les auteurs, ces tableaux de risques simplifiés concurrencent honorablement les résultats que peuvent fournir des algorithmes complexes apprenants, avec un effort moindre et de manière plus transparente, puisque le juge qui s'y réfère effectue en quelque sorte lui-même le calcul. On pourrait néanmoins discuter du sens du choix des indicateurs de risques. La corrélation entre l'âge et la plus grande possibilité de se soustraire à la justice n'est pas une évidence, et, quand bien même le calcul proposé s'avère concluant au regard des données historiques que l'on récolte, peut-être que des explications moins simplistes conviendraient mieux. De la même manière que A. Glöckner remarquait dans son étude⁵⁸⁴ que la baisse des chiffres de libération conditionnelle des individus en fin de matinée et de journée pouvait être liée non pas avec la fatigue et la faim des juges, mais à la manière même dont ils organisent l'ordre de traitement des dossiers, peut-être que d'autres facteurs que l'âge peuvent être retenus pour prédire de manière performante le taux de risque de fuite d'un détenu avant son procès. Reste que ce genre de calcul, qu'il provienne d'un tableau simplifié issu du traitement de données importantes, ou d'un algorithme sophistiqué, peut utilement venir en aide à un juge, pour conforter son opinion ou l'éclairer en cas de doute, pour lui faire gagner du temps dans des tâches chronophages et fastidieuses, et pour lui permettre d'homogénéiser sa pratique avec celle de ses collègues, garantissant par là un traitement plus égal des citoyens.

En effet, il peut être tout à fait souhaitable d'envisager une complémentarité entre les différentes formes de justice existantes, humaine et numérique. La justice dite prédictive pourrait par exemple être considérée comme une base de données à partir de laquelle travaille le juge, et qui lui permet d'homogénéiser sa pratique, de lutter contre certains biais, et d'avoir une connaissance plus juste de ce qui se passe dans son tribunal et dans les tribunaux alentours plutôt que de l'extrapoler à partir de sa seule expérience personnelle. Elle pourrait être pensée comme une justice sectorielle, c'est-à-dire une justice qui serait réservée à certains types d'affaires dans certains domaines du droit (civil, commercial par exemple) auxquels elle conviendrait particulièrement, pour des fins prédéfinies. Elle pourrait enfin être envisagée – et aucune de ces fonctions n'est exclusive des autres – comme une instance d'auto-contrôle des décisions du juge, que celui-ci pourrait utiliser pour vérifier et valider ses propres décisions, ou comme une instance de contrôle que les justiciables pourraient opposer pour prévoir ou contester les décisions rendues à leur égard, et ainsi mieux préparer leur

⁵⁸⁴ Andreas Glöckner, « The Irrational Hungry Judge Effect Revisited : Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated », *op. cit.*

jugement et mieux faire valoir leurs droits.

Pour étudier ces questions et ces hypothèses, nous évoquerons donc pour terminer l'exemple de l'évolution du droit autour des jugements liés aux crimes sexuels en France. Il s'agit de montrer, comme les travaux des réalistes l'ont fait sur d'autres sujets, à quel point les contextes culturels, politiques, moraux, et économiques ont une influence sur les décisions judiciaires. Il suffit, pour s'en convaincre, de retracer brièvement l'histoire de la criminalisation du viol, et du sens accordé à ce terme, puis de s'intéresser, toujours dans le contexte français, à la lente judiciarisation des crimes sexuels que l'on peut observer, tous ces crimes n'étant pas également pris en compte – comme dans le cas du viol conjugal – ainsi qu'au phénomène étonnant de correctionnalisation de ce crime. L'introduction d'outils numérique peut-elle être utile dans un tel champ de la justice ? Il s'agit en effet d'un pan de la justice qui est particulièrement en mutation et sous tension – les demandes des justiciables sont en hausse, le temps de traitement des affaires est très long, le personnel pour le traiter manque cruellement, et les critiques sont très virulentes. Il peut alors sembler utile de s'interroger sur la possibilité pour une justice numérique de permettre des évolutions, voire des progrès : comment pourrait-elle nous aider à repenser le traitement par la justice de ce type d'affaire ? Est-elle en mesure de prendre en charge des domaines de la justice qui engagent nécessairement des débats sociaux, politiques et moraux qui ont cours dans la société et de contribuer à arbitrer les affrontements de valeurs qui s'y déroulent ?

L'étude de cet exemple sera encore une fois l'occasion de constater que les questionnements et problématiques classiques des sciences humaines, dont on a examiné les incarnations spécifiques dans le domaine du droit, demeurent très actuels. Ils sont même peut-être suffisamment renouvelés et caractéristiques de notre époque, marquée par une révolution cognitive et numérique, pour constituer une nouvelle étape dans l'histoire de la querelle des deux sciences.

II. Dworkin et le tournant interprétativiste

1. Au cœur des polémiques entre jusnaturalistes et positivistes

Dworkin est un auteur très discuté. Si une chose est sûre à son propos, c'est qu'il est un auteur majeur pour le XX^e siècle et le tournant du XXI^e siècle, et qu'il ne laisse personne indifférent. Pour

les besoins de la polémique, il est hélas souvent caricaturé, ramené à des positions, des thèses ou des exemples qui, ainsi décontextualisés, perdent de leur nuance, de leur élégance et de leur complexité, qui sont pourtant autant de marques de fabrique de l'écriture et de la pensée de cet auteur. Il s'avère alors d'autant plus nécessaire pour nous de revenir précisément à ses textes originaux, et d'en extraire les thèses qui nous sont utiles avec minutie.

En 1985 puis en 1986, les rédacteurs de la revue *Droit et société*, tout juste créée, décident de consacrer les deux dossiers de ses deux premiers numéros à Dworkin. Cette revue, devenue ensuite très importante, donne en 1985, le signal d'un renouveau dans les études de théorie du droit en France, et d'une volonté d'ouvrir le droit à des savoirs extra-juridiques, notamment la sociologie⁵⁸⁵. Le nom qu'elle porte en témoigne, qui traduit celui d'un courant juridique américain dans la série des *Law and...*, ici *Law and Society*⁵⁸⁶. Pourquoi s'intéresser ainsi à Dworkin ? Au début des années 1980, Dworkin a déjà pris une place tout à fait centrale dans les débats de théorie et de philosophie du droit outre-Atlantique, mais n'a pas encore opéré de percée dans la pensée juridique française : *Taking Rights seriously* a paru en 1977, *A Matter of Principles* vient de paraître, et *Law's Empire* est en préparation. Il ne sera traduit que plus tard, dans les années 1990, bien que, dès avant, certains juristes et philosophes français aient reconnu son importance. En effet, dans la présentation du « Dossier Dworkin », Michel Troper le fait apparaître comme un auteur incontournable, dont la renommée s'est faite comme instantanément à la seule parution de *Prendre les droits au sérieux*. Il s'attache alors à en comprendre les raisons. Il souligne ses qualités d'écriture, sa grande culture, la force de ses raisonnements, mais fait tenir à autre chose son succès : il tient, selon lui, au fait que Dworkin renouvelle le débat juridique de fond en comble, provoquant comme une révolution copernicienne dans la manière de poser les problèmes dans les débats en théorie du droit et partant, de situer les positionnements possibles des protagonistes. Il n'est pas étonnant, alors, que la revue *Droit et Société* et M. Troper s'intéressent de près à cet auteur et soient à l'origine de sa découverte dans le contexte français. Rappelons que M. Troper a largement participé à la création du Centre de Théorie du Droit quelques années auparavant, en 1978, dont le but premier a été et est encore⁵⁸⁷ de promouvoir en France la recherche en théorie du droit, d'y former les étudiants et les praticiens, et de développer les

⁵⁸⁵ C'est bien d'ailleurs ainsi qu'elle est présentée sur le site Persée, qui centralise les numéros entre 1985 et 2000 (la suite des numéros est ensuite disponible sur le site du Cairn) : « La revue *Droit et Société* a été créée en 1985 par un groupe de chercheurs et enseignants venant de la philosophie, de la théorie et de la sociologie du droit. Depuis sa création, elle est devenue une revue de référence ainsi qu'en témoigne son audience nationale et internationale, grâce notamment à l'importance prise par le droit comme analyse des transformations des sociétés, tant du côté d'une théorie du droit en plein renouvellement que de celui des sciences sociales, au-delà d'une seule sociologie du droit comme sous-discipline. ». En ligne : <https://www.persee.fr/collection/dreso> (consulté le 04/07/22).

⁵⁸⁶ Pour une histoire de ce mouvement américain, on peut lire Antoine Vauchez, « Entre droit et sciences sociales : Retour sur l'histoire du mouvement "Law and Society" », in *Genèses*, n° 45, décembre 2001, p. 134-149.

⁵⁸⁷ Désormais, c'est le CTAD qui en a la charge, voir la note 16 du chapitre I.

interactions entre le droit et d'autres disciplines, et qui se veut d'orientation positiviste et réaliste.

Sur quel point en particulier Dworkin renouvelle-t-il le champ des questionnements en théorie du droit ? Jusqu'alors, s'affrontaient positivistes et jusnaturalistes – les réalistes se situant résolument du côté du positivisme – et même si bien des divergences pouvaient exister au sein même des positivistes ou bien entre jusnaturalistes, il demeurerait cette évidence que positivisme et jusnaturalisme étaient opposés. C'est cette évidence que Dworkin fait voler en éclat. En effet, rappelle M. Troper, la doctrine réaliste fait naître l'idée, au tournant du XX^e siècle, que les juges sont créateurs de droit, remettant en cause l'idée très ancrée que le droit se trouve tout entier dans les lois, et que le juge n'a qu'à les faire appliquer. Le « positivisme moderne », comme il le nomme, se présente comme un compromis entre ces deux positions, puisqu'il « admet, dans sa version hartienne, que normalement le juge doit appliquer des règles posées par d'autres, mais que, en l'absence de règles, ou lorsque les règles ne sont pas claires, il peut et doit trancher discrétionnairement ». Chez Dworkin, cette solution est remise en cause puisque « le juge n'a jamais de pouvoir discrétionnaire, qu'il doit toujours appliquer un droit préexistant, mais que ce droit n'est pas toujours un droit posé et que, à côté des règles, il y a des principes et des droits naturels »⁵⁸⁸. Ce faisant, il devrait être classé du côté des jusnaturalistes. Mais les choses ne sont pas si simples, et Dworkin ne ressemble pas beaucoup aux jusnaturalistes, souvent conservateurs, de la fin des années soixante aux Etats-Unis. Il apparaît comme un « jusnaturaliste “de gauche” »⁵⁸⁹. Dworkin, lorsqu'il parle de principes que le juge doit utiliser pour rendre la justice, ne pense pas à des principes universels que la raison pourrait découvrir ou déduire et qui formeraient le système juridique idéal. Ces principes doivent plutôt, selon Dworkin, être dégagés par le juge qui doit se faire philosophe, et mener une analyse rigoureuse de l'ensemble du droit en vigueur, sous la forme d'un ensemble de propositions, pour justifier les principes ainsi trouvés.

Nombreux sont ceux qui se sont essayés à classer Dworkin, obtenant d'ailleurs des résultats très contrastés⁵⁹⁰. Prenons deux exemples. Concernant sa vision du droit, Dworkin s'inspire beaucoup du positivisme de Hart, mais le discute aussi beaucoup. Ainsi, contre Hart, il refuse de limiter le droit à l'ensemble des énoncés positifs du droit. En accord avec le réalisme américain – et avant lui, la *Sociological Jurisprudence* de Holmes, ainsi qu'après lui les *Critical Legal Studies*, dont l'essor est contemporain des principaux travaux de Dworkin – il affirme que le droit est ce que font les tribunaux et centre sa réflexion sur l'activité du juge en montrant la teneur non purement juridique. Il insiste

⁵⁸⁸ Michel Troper, « Présentation », in *Droit et société*, n°1, 1985, p. 28.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁹⁰ Michel Troper, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », in *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 41, voir en particulier la note 1.

beaucoup sur les liens intimes qui existent entre le droit, la morale et la politique. Pour autant, il refuse d'en tirer comme eux des conclusions sceptiques concernant la rationalité et la légitimité des décisions judiciaires, et de les définir comme purement discrétionnaires. Ses développements sur le travail du juge et son art de trouver la bonne solution sont d'ailleurs perçus par les réalistes comme bien trop idéalistes et éloignés de ce que font effectivement les tribunaux⁵⁹¹. Concernant cette fois-ci la métathéorie du droit de Dworkin, le même constat peut être fait. M. Troper⁵⁹² remarque notamment qu'une métathéorie du droit positiviste implique, par principe, une distinction entre la théorie du droit et son objet, ce que Dworkin ne fait pas. Mais elle implique également par principe qu'une théorie du droit doit décrire le droit de manière réaliste, c'est-à-dire tel qu'il est en réalité, ce que Dworkin entend faire. Le positivisme entend également marquer une distinction nette entre droit et morale, évacuant par principe toute prise de position en faveur de certaines valeurs et excluant par là même les raisonnements axiologiques. Selon Dworkin au contraire, le droit est une discipline dans laquelle il arrive que le juge doive peser et préférer certaines valeurs, éthiques et politiques, entrant éventuellement en conflit avec les règles de droit. Cependant, cette évaluation n'est pas laissée à la libre appréciation des juges et ne doit pas l'être ; elle est faite par les juges selon les règles du droit, et la science du droit a à en rendre compte. Dworkin est donc bien tout à la fois positiviste et antipositiviste au regard de ce que doit être la théorie du droit et sa métathéorie.

Concluons donc que Dworkin n'est ni positiviste ni jusnaturaliste et ouvre pour ainsi dire une troisième voie : s'il se réfère très souvent à ces positions et n'hésite pas à leur emprunter beaucoup, il ne s'empêche pas de les critiquer sur de nombreux aspects, ce qui le rend irréductible à l'une ou l'autre d'entre elles. Mais l'originalité des nouvelles perspectives qu'il ouvre a un revers : n'étant d'aucun « camp », il multiplie les ennemis théoriques et donc les foyers d'attaques. On verra que certaines des critiques qui lui sont adressées sont très violentes sur le fond, tout en lui reconnaissant un apport considérable pour la théorie et la philosophie du droit. Ajoutons que Dworkin a souvent été mal compris par ses lecteurs européens, qui ont trop souvent négligé la spécificité et l'importance du contexte américain dans l'élaboration de ses diagnostics et de ses problématiques. En effet, souligne F. Michaut⁵⁹³, la référence de Dworkin à la *Sociological Jurisprudence* et au réalisme américain décrit bien le modèle américain, et la difficulté que représente le fait, pour l'État fédéral, de composer avec les jurisprudences disparates des différents États, qui ont constitué, chacun avec les moyens du bord,

⁵⁹¹ Sur ce point, on peut lire notamment, Françoise Michaut, « La “bonne réponse” n'est-elle qu'une illusion ? », in *Droits*, n° 9, « La fonction de juger », Paris, PUF, 1989. On peut également lire Julie Allard, « Dworkin : une philosophie critique du jugement », in *Revue internationale de philosophie*, vol. 233, no. 3, 2005, qui rapproche l'idéalisme de Dworkin de l'idéalisme kantien et considère que nombre de ses concepts peuvent être entendus comme des idées régulatrices au sens de Kant.

⁵⁹² Michel Troper, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *ibid.*, p. 42.

⁵⁹³ Françoise Michaut, « Introduction », in Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*

avant l'Union, leurs propres juridictions. Face à cette réalité diverse et parfois contradictoire, on comprend qu'une forte volonté de systématisation soit apparue du côté de l'État fédéral, qui s'est manifestée par la recherche de principes communs, incarnés dans la constitution et dans ses amendements. D'où, chez Dworkin, cette attention aux principes qui guident l'application des règles de droit qui prend la forme d'une herméneutique. Il s'avère en effet nécessaire de dégager, même artificiellement, une homogénéité des codes et des modes de vie là où apparaît en premier lieu une grande hétérogénéité. Ainsi écrit F. Michaut :

« Avant d'être une répartition des pouvoirs entre organes institués, la constitution américaine avec ses amendements a pris la figure d'un contrat réel entre le peuple et les gouvernants, un contrat qui fixe les conditions et les limites de l'exercice du pouvoir. »⁵⁹⁴

Dans le système américain, ajoute-t-elle, on a moins affaire à des autorités juridiques au sens européen qu'à des individus acteurs du droit et dont l'action peut être investie d'une signification juridique. Chacun de ces acteurs du droit peut, en quelque sorte, se faire l'interprète de la constitution. Cela conduit certains commentateurs à voir dans la démarche de Dworkin des similitudes avec le protestantisme qui ne réserve pas à des institutions dévolues à cet effet le droit d'interpréter les textes fondateurs, et qui renvoie chaque individu à sa liberté et à sa responsabilité face au texte et à son interprétation : *sola scriptura*⁵⁹⁵. La constitution américaine, comme toute constitution, revêt un caractère quasi sacré de par son rôle fondateur à l'égard de la société, tant du point de vue de la vie collective que du point de vue des droits propres à chaque individu. Ce rôle est d'autant plus important puisque c'est sur elle que repose, comme après coup, le soin de fédérer entre elles des juridictions qui se sont d'abord construites sans elle.

Ce contexte américain et ce rapport particulier à la constitution et à son interprétation est pour partie étranger aux européens, et même à un pays de *Common Law* comme la Grande-Bretagne, qui, à la différence des Etats-Unis, dispose d'un modèle juridique beaucoup plus institutionnalisé et beaucoup plus uniforme. Avoir tout ceci à l'esprit permet de mieux comprendre que les exemples pris par Dworkin soient le plus souvent empruntés au droit constitutionnel américain et qu'il donne une place si centrale aux notions de principes et d'interprétation. Cela permet également de tempérer les critiques que nous formulerions trop facilement en recevant ses théories du point de vue des systèmes de droits continentaux qui ne rencontrent pas strictement les mêmes questions et les mêmes problèmes que les théoriciens du droit américains.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁹⁵ Voir par exemple Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988, ou encore « Taking Rights Seriously. Reflections on "Thinking like a Lawyer" », in *Stanford Law Review*, vol. 30, n° 5, 1978, p. 1071-1109.

Enfin, avant d'entrer dans le système de pensée de Dworkin, il nous faut dire un mot des raisons qui nous poussent à lui donner une place aussi conséquente dans la suite de notre réflexion. Il y en a principalement deux. La première tient au fait que Dworkin ouvre une voie inédite dans l'histoire de la théorie du droit, qui permet de relier les différents intérêts que poursuit une théorie du droit et en particulier une théorie de la décision judiciaire et de faire un pont entre positivisme et causalisme d'une part, et interprétativisme et intentionnalisme d'autre part. Notamment, la place qu'il donne au récit, au droit, à la politique et à la morale est pour notre travail absolument capitale. La deuxième raison tient au fait qu'en général, pour ne pas dire la plupart du temps, Dworkin n'est pas étudié quant à ses liens avec le réalisme américain, si bien que sa pensée semble déconnectée de ce courant, qu'il ne cite lui-même pour ainsi dire jamais, ou alors pour en balayer l'importance. C'est ainsi que par exemple, il congédie le réalisme américain dans *l'Empire du droit*, alors qu'il présente les différentes branches du positivisme juridique, en s'attardant notamment sur Austin puis Hart :

« Les étudiants apprennent que le second rival du positivisme est l'école du réalisme juridique. Les théories réalistes se développèrent au début du siècle, surtout dans les écoles de droit américaines, bien que le mouvement eût des ramifications ailleurs. Si nous les considérons comme des théories sémantiques, elles disent que les règles linguistiques que suivent les juristes font des thèses juridiques des adjuvants et des prédictions. La meilleure version suggère que le sens exact d'une thèse juridique (les conditions dans lesquelles les juristes estimeront vraie la thèse) dépend du contexte. Si un juriste prévient son client que la loi permet aux meurtriers d'hériter, par exemple, il faut comprendre qu'il prédit que c'est ce que diront les juges quand l'affaire sera portée devant les tribunaux. [...] Certains réalistes exprimèrent ces idées dans une langue théâtralement sceptique. Ils dirent que la loi n'existe pas, ou que la loi ne dépend que du petit-déjeuner pris par le juge. Ils voulaient dire qu'il ne peut y avoir de loi en dehors des prédictions de ces différentes sortes. Mais même ainsi compris, le réalisme demeure assurément peu vraisemblable comme théorie sémantique. »⁵⁹⁶

Ce passage est éloquent. Très bref, il réduit manifestement le réalisme juridique à la caricature qui l'a empêché d'avoir toutes ses lettres de noblesses au XX^e siècle, comme nous l'avons évoqué dans notre premier chapitre. On peut bien sûr y voir ici l'influence de la lecture de Hart, dont Dworkin est l'élève, et qui a grandement œuvré à la marginalisation de ce courant. Or, nous voudrions montrer que les thèses centrales que soutient Dworkin sont loin d'être si éloignées que cela des thèses des réalistes et que, sur bien des plans, Dworkin est au contraire le continuateur ou l'héritier de la pensée et des objectifs de recherche des réalistes américains, en particulier en ce qui concerne sa vision du droit comme un roman. Nous nous attacherons donc à rétablir entre les deux des parallèles, des échos, ou des ressemblances, en respectant bien entendu les différences propres à chacun de ces systèmes ou courants de pensée.

⁵⁹⁶ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, op. cit., p. 38-39.

2. Les thèses centrales de Dworkin : continuités et points de rupture avec les réalistes américains

Il convient de souligner ici que l'œuvre de Dworkin ne se restreint bien sûr pas aux thèses centrales que nous allons mettre en exergue : les choix que nous faisons sont commandés par le raisonnement global que nous menons concernant la prise de décision judiciaire et la nécessité de rendre compte de l'apport notable et original de Dworkin sur cette question. Cette précaution étant prise, on peut alors affirmer que la pensée de Dworkin à ce propos se constitue autour de quatre thèses maîtresses.

Premièrement, Dworkin défend l'idée que la théorie du droit ne peut se passer, tant dans sa partie conceptuelle que dans sa partie normative, d'une approche *philosophique* pour prendre en charge et traiter les questions qui sont les siennes. Le droit ne peut être étudié d'un point de vue purement juridique et ne se comprend bien qu'encadré de *morale* et de *politique*. Deuxièmement, cette approche philosophique doit permettre d'établir une théorie des *droits* qui sont à la source des normes juridiques, afin d'évaluer la valeur de justice de ces normes et de leur application. Il apparaît alors que le droit ne se réduit pas à un ensemble de règles mais inclut également des *principes* et que le droit est un *concept interprétatif*. Troisièmement, le travail du juge peut se définir, pour chacune de ses décisions et en particulier dans les cas difficiles, comme la recherche de *la bonne solution*, celle à laquelle les citoyens ont un droit. La bonne solution, c'est celle qui sera la meilleure au regard de l'ensemble du système juridique dans lequel le juge se situe, pris dans son intégrité, sachant que ce système juridique n'est pas dissociable des sphères morale et politique qu'il avoisine, ce qui nécessite de s'engager dans un travail *d'interprétation* des différentes règles et principes à l'œuvre. Quatrièmement, ce travail interprétatif est comparable à l'écriture d'un *roman à la chaîne* qui cherche à maintenir la plus grande cohérence possible entre les différents éléments du droit, ce qui nécessite donc de penser le droit comme un récit ancré dans une histoire, notamment institutionnelle.

a. Une approche philosophique de la théorie du droit

On l'a souligné, Dworkin est à la fois philosophe et juriste de formation. La philosophie n'est pas pour lui qu'une plus-value culturelle. Elle irrigue son questionnement et sa méthode, et il va jusqu'à affirmer que la théorie du droit ne peut s'en passer. En effet, dès les premiers paragraphes de l'introduction de *Prendre les droits au sérieux*, Dworkin révèle son intention de fournir une théorie générale du droit qu'il désigne d'emblée comme une alternative à – et une critique de – la théorie

qu'il appelle dominante, et qui trouve sa plus forte réalisation dans le positivisme de Hart. Une telle théorie devrait selon lui comprendre une théorie de la législation – qui se préoccupe de savoir qui peut créer du droit et quel droit peuvent créer ceux qui sont habilités à le faire – une théorie de la décision judiciaire – qui réfléchit principalement aux standards que les juges doivent utiliser dans les cas dits difficiles et qui justifie quand et pourquoi ce sont eux qui doivent trancher – ainsi qu'une théorie de l'obéissance – qui se place du point de vue du citoyen qui obéit à la loi, et qui se demande légitimement pourquoi et dans quelle mesure il doit obéir, quels sont les buts de l'application des lois et de la sanction. Dans toutes ces parties, souligne Dworkin, il fera appel à la philosophie, et chaque fois, doublement : d'un point de vue conceptuel, il s'appuiera sur la logique, la philosophie du langage et la métaphysique, qui lui permettront d'affronter le problème de la signification des propositions de droit et de leur vérité ; d'un point de vue normatif, il se tournera vers la philosophie morale et la philosophie politique qui lui permettront d'étayer ses choix parmi les réponses possibles aux questions morales et politiques soulevées. Il affirme ainsi qu'une « théorie générale du droit est, en conséquence, constamment appelée à faire des choix entre des réponses contestées sur des questions de philosophie qui ne sont pas strictement juridiques »⁵⁹⁷. Cet emprunt à la philosophie pour définir les concepts juridiques est bien signe d'une part d'une certaine opposition au positivisme dominant et d'autre part de l'importance qu'il accorde à cette discipline.

Dans le chapitre qui suit, qui s'intitule justement « Philosophie du droit », Dworkin précise encore la nature et le sens de ce que la théorie du droit doit emprunter à la philosophie. Il remarque pour commencer que, traditionnellement, aux Etats-Unis comme en Grande-Bretagne, les juristes s'en sont tenus à une approche professionnelle du droit. En effet, un juriste peut rencontrer deux types de problèmes dans son métier : des problèmes techniques, sur lesquels en général, l'ensemble de la profession s'accorde à trouver des solutions consensuelles ; des problèmes conceptuels, autrement appelés des questions philosophiques, qui suscitent davantage de controverses. Or, remarque Dworkin, la plupart du temps, les problèmes conceptuels rencontrés par les juristes ont été minorés, et ramenés à des problèmes techniques afin de trouver une solution. Ainsi, dans la tradition anglaise, la philosophie du droit analytique s'est attachée à définir précisément et rigoureusement le sens de concepts centraux du droit, comme ceux de faute, de propriété, de négligence, etc. Cependant, elle n'a fait, selon Dworkin, que fixer le sens conventionnel juridique attaché à ces concepts, au mépris de leur sens usuel et courant, et en évacuant les véritables questions philosophiques sous-jacentes.

Sur ce point, Dworkin est un peu plus clément avec la tradition américaine, en particulier avec les mouvements de la *Sociological Jurisprudence* et du réalisme américain. On observe là un élément

⁵⁹⁷ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 41.

de continuité important entre la pensée réaliste et celle de Dworkin. Les réalistes ont eu selon lui le mérite de démystifier le travail des juges en montrant qu'ils ne s'en tenaient pas simplement à une application technique des règles de droit, mais qu'ils développaient également deux autres savoir-faire fondamentaux : une capacité à organiser habilement les faits des cas complexes soumis à leur jugement pour en faire apparaître les éléments les plus essentiels et les rendre lisibles, et une habileté tactique pour concevoir des textes ou des institutions juridiques susceptibles de produire les évolutions et résultats sociaux souhaités. Mais selon lui ils échouent, comme la tradition anglaise, à affronter et résoudre les problèmes philosophiques qu'ils soulèvent. En témoigne le fait que soit encore posée la question centrale de savoir si les juges ne font que se conformer à des règles quand ils prennent une décision dans un cas litigieux, ou s'ils créent du droit. Cela signifie qu'ils « ne sont pas au clair sur ce que signifie exactement le concept de se conformer à des règles »⁵⁹⁸. Quand, dans un cas simple, un juge condamne un individu pour avoir outrepassé une loi, il semble évident qu'il se conforme à la règle établie. Mais lorsque que la Cour Suprême renverse un précédent ou déclare illégales des procédures policières ou juridiques pourtant à l'œuvre depuis longtemps, cela semble moins clair. Pour Dworkin, ce sont bien des questions de principe d'ordre moral et politique qui sont ici en jeu, et on a tort de les réduire à des pseudo-problèmes linguistiques ou à des querelles de mots. Car il s'agit en réalité d'une question fondamentale qui ne concerne rien moins que la légitimité même du pouvoir judiciaire à trancher les cas difficiles. D'autant qu'une telle question a des enjeux pratiques conséquents pour les citoyens : dans quelle mesure les citoyens ont-ils le devoir d'obéir au droit qui serait créé par le juge ? Quels arguments peut-on mobiliser pour attaquer une décision de justice de ce type ? Quels principes moraux et politiques ont prévalu dans la solution d'un cas difficile ? Ces principes existent-ils réellement ? La décision de justice qui en est tirée y est-elle conforme ? Ces principes sont-ils partagés par les juges ou au contraire sont-ils l'objet de désaccords ? Dans le second cas, est-ce une faiblesse du système judiciaire ou au contraire une source de dynamisme et une occasion de progrès ? Toutes ces questions sont, pour Dworkin, escamotées, tant par la tradition anglaise qu'américaine, réalisme compris.

Dworkin fait néanmoins une exception à ce jugement sévère : Hart, souligne-t-il, s'est penché avec beaucoup d'acuité sur ces questions d'ordre moral. Il cite notamment son ouvrage avec Honoré, *Causation in the Law*⁵⁹⁹, ainsi que *Punishment and Responsibility*⁶⁰⁰. Lorsque Hart défend le droit pour un individu de faire valoir son état mental dans le cadre de sa défense afin de montrer que ses

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁹⁹ H. L. A. Hart et T. Honoré, *Causation in the Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1985.

⁶⁰⁰ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2008.

actes ne sont pas le résultat d'un choix conscient et libre, ou lorsqu'il rappelle que les individus ne peuvent être enfermés de manière préventive, avant même d'avoir commis quelque chose, au motif que les individus ne sont pas de simples corps ou de simples moyens dont on pourrait disposer pour être plus efficace d'un point de vue pénal, il entremêle indéniablement de la doctrine juridique et des traditions morales. Ceci nécessite une approche philosophique globale, seule capable d'établir le sens des principes en question, leur logique, leurs implications, et donc de guider leur traduction juridique puis leur application. Il en va ainsi de la question du libre-arbitre, si capitale dans l'établissement de la responsabilité et de la culpabilité d'un individu à l'égard de certains faits. Dworkin rappelle que si l'on décrit l'homme comme un être déterminé, suivant en cela les enseignements tirés d'une partie de nos sciences contemporaines – pensons en cela au neurodroit par exemple, et à la position tenue par David M. Eagleman que nous avons déjà exposée et examinée – alors on doit logiquement conclure à l'idée qu'aucun choix réel n'existe, que ce que l'on appelle un choix n'est que le résultat d'un faisceau de contraintes nécessaires, et donc que la notion de culpabilité doit être tout bonnement abandonnée. Pour autant, interroge-t-il,

« si nous conservons ces moyens de défense [fondés sur l'état mental] et admettons qu'ils ont pour fondement la distinction phénoménologique entre le fait de choisir et celui de ne pas choisir de faire quelque chose [...] comment cela devrait-il guider notre approche des cas à problèmes, comme celle du psychopathe ? Le psychopathe est-il maître de lui-même, selon les critères conventionnels du comportement, ou son cas représente-t-il une situation à mi-chemin, ce qui explique notre confusion ? [Je mentionne ces questions] seulement pour montrer que l'approche de la théorie du droit qui insiste sur les principes ne peut pas se contenter de montrer les liens entre la pratique juridique et la pratique sociale, mais qu'elle doit continuer à examiner et critiquer la pratique sociale à la lumière de standards indépendants de cohérence et de sens. »⁶⁰¹

Ce passage nous permet de faire apparaître un élément essentiel : au fond, ce que propose Dworkin, c'est d'aller plus loin encore que ce que proposaient la *Sociological Jurisprudence* et les réalistes américains. Il ne suffit pas, même si c'est déjà une étape importante, de remarquer et de décrire que les juges ne se bornent pas à prendre leur décision au prisme des règles juridiques. Il faut encore déterminer avec précision la nature des facteurs qui doivent être ajoutés pour produire une véritable compréhension des décisions de justice, en l'occurrence pour Dworkin, des principes moraux et politiques. Enfin il s'agit de rendre compte de la façon dont les juges manient les règles juridiques en fonction de ces principes qui, qu'on le veuille ou non, sont bel et bien présents dans le droit. Cela nécessite selon Dworkin de réintégrer à la théorie du droit une dimension morale et politique assumée, ce qui implique d'opter pour une approche plus philosophique et moins professionnelle – voire « professionnaliste », c'est-à-dire purement juridique. Nous gagnerions,

⁶⁰¹ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 64-65.

défend-il, à examiner certaines de nos procédures pénales à cette lumière.

Dworkin peut ainsi affirmer que l'activité juridique et la philosophie sont indissociables. C'est bien pour cela que Hercule, nous le verrons plus loin en détail, est un juge-philosophe. Les philosophes du droit réfléchissent aux interprétations juridiques de manière générale et abstraite, en s'interrogeant sur leur structure, leur fonctionnement, leurs liens avec des théories politiques et morales, ainsi que sur ce qui les fonde et les justifie. Autrement dit, ils « discutent de la partie générale, du fondement interprétatif que doit avoir tout argument juridique »⁶⁰². Mais la réciproque est aussi vraie : tout jugement judiciaire, et donc toute interprétation juridique, se réfère à de telles réflexions et théories philosophiques. Ces dernières sont manipulées et ordonnées au sein de la décision du juge, quoique d'une manière qui n'est pas toujours explicite et qui s'efface souvent devant la description des faits et la motivation de la décision. Quoique la part philosophique du travail des juges ne soit pas toujours apparente, il reste que la manière dont les faits sont décrits, dont ils sont agencés, retenus, mis en avant ou au contraire évincés, et dont ils viennent à l'appui d'une décision reflète bien un ensemble de réflexions et de théories que l'on peut tenter de reconstruire. « Tout argument juridique pratique », écrit en effet Dworkin, « suppose un fondement général exactement du même genre que celui présenté par la philosophie du droit, et quand des fondements rivaux s'opposent, il en suppose un et rejette les autres »⁶⁰³. De la même manière, « toute motivation judiciaire est [elle-même] un morceau de philosophie du droit, même quand la philosophie se cache dans le silence d'un prologue, et que l'argument visible est dominé par la citation et la description des faits ». Dworkin peut alors conclure en une lumineuse formule que « la philosophie du droit est la partie générale du jugement judiciaire »⁶⁰⁴.

b. La théorie des droits et l'importance des principes

Reprochant à la théorie positiviste d'avoir une vision trop restreinte du phénomène juridique, Dworkin défend quant à lui une approche beaucoup plus holiste. Cette perspective a également l'avantage d'en finir avec l'idée – non démocratique – que les juges agissent parfois de manière discrétionnaire. Car selon lui, si on admet, à la manière des réalistes et avant eux de la *Sociological Jurisprudence*, la dimension morale et politique de la prise de décision judiciaire, et qu'on entreprend de décrire les principes et enjeux moraux et politiques à l'œuvre, alors on se donne les moyens d'encadrer et de guider cette prise de décision plutôt que de la subir, en s'épargnant de devoir la

⁶⁰² Ronald Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », in *Droit et société*, n° 1, 1985, p.88.

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

masquer avec mauvaise foi, ou de la déplorer en maudissant notre impuissance. C'est pour cela que Dworkin affirme que nous devons construire une théorie des droits qui sont à l'origine des règles et normes à l'œuvre dans nos systèmes juridiques. Il s'agit d'éclairer ce que nous appelons les droits de l'homme, qui fixent les principes fondamentaux à la lumière desquels les juges mettent en œuvre les règles de droit qu'ils ont à leur disposition. Ces droits, il nous faut les « prendre au sérieux », et c'est bien ce à quoi nous invite le titre de l'ouvrage de 1977, *Taking Rights Seriously*.

Les notions de droit et d'obligation juridiques sont conceptuellement assez floues, remarque Dworkin. Nous ne savons pas toujours expliquer ce qui fonde une obligation juridique, en quoi l'État est fondé⁶⁰⁵ à la faire respecter. Et pourtant, nous « jetons constamment des gens en prison, nous leur prenons de l'argent ou nous les obligeons à faire des choses qu'ils ne veulent pas faire sous la menace de la force, et nous justifions tout cela en disant que ces personnes ont enfreint la loi ou n'ont pas satisfait à leurs obligations juridiques, ou ont porté atteinte aux droits juridiques d'autres personnes »⁶⁰⁶. Étant données les conséquences de ces actions sur la vie des citoyens, on ne peut pas se permettre de ne pas savoir ce que l'on fait. Cela vaut pour les cas clairs, où nous avons la certitude qu'un droit ou une obligation n'ont pas été respectés, sans être capable d'expliquer pourquoi, mais également *a fortiori* dans les cas difficiles. Nous devons dans les deux cas impérativement identifier les principes que nous appliquons, qu'ils soient de l'ordre de l'évidence ou qu'ils soient controversés. Cette notion de principe est absolument centrale chez Dworkin. En témoigne le fait qu'il consacre ce terme dans l'ouvrage *Une question de principe* qui, dans la lignée de ses livres précédents, défend l'idée que « l'analyse du droit est une discipline interprétative », que la décision de justice est « une question de principe plutôt qu'une question de politique à appliquer »⁶⁰⁷, et qui affirme que si le droit a souvent à voir avec des questions politiques, justice et politique ne forment pas un tout indistinct, de sorte que statuer sur des principes fait véritablement partie du droit.

Selon Dworkin, dans leurs raisonnements sur les concepts de droits et d'obligations juridiques, « les juristes font appel à des normes qui ne fonctionnent pas comme des règles mais opèrent différemment, comme des principes, des politiques et d'autres types de standards »⁶⁰⁸, et ce, dans les cas clairs comme dans les cas difficiles. Il définit alors un principe comme un standard à appliquer « non pas parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque

⁶⁰⁵ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 70.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ Ronald Dworkin, *Une question de principe* (1985), trad. Aurélie Guillaud, Paris, PUF, « Recherches politiques », 1996, p. 4.

⁶⁰⁸ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 79.

autre dimension de la morale »⁶⁰⁹, ce qui permet de le distinguer de ce qu'il appelle une « politique », à savoir la définition d'un but à atteindre ou d'un état de faits à protéger pour la communauté des citoyens, afin de préserver ou d'améliorer la vie sociale, politique ou économique. Pour faire apparaître la nature et le sens de ce qu'est un principe, Dworkin donne l'exemple devenu célèbre de l'affaire *Riggs V. Palmer*, dans laquelle une cour de New York devait répondre à la question de savoir si un héritier désigné en tant que tel dans le testament de son grand-père pouvait bénéficier de son héritage alors qu'il avait assassiné ce même aïeul à cette fin. Déclarant que « personne ne sera autorisé à profiter de sa propre imposture, à tirer avantage de sa propre faute, à invoquer sa propre turpitude ou à acquérir des biens du fait de son propre crime »⁶¹⁰, la cour refusa au prévenu le droit de recevoir son héritage. Pour rendre un tel jugement, souligne Dworkin, cette cour a eu recours à un principe, et non à une règle habituelle de droit. En effet, dans les cas de prescription acquisitive⁶¹¹, même en agissant illégalement, il arrive que l'on acquière un bien qui résulte en réalité d'un forfait, de sorte que le principe selon lequel, comme le formule l'adage, « bien mal acquis ne profite jamais », ne s'applique pas systématiquement. Il apparaît ici l'une des caractéristiques premières des principes, et qui permet de les distinguer des règles de droit : les principes, comme les règles de droit, dictent des décisions, mais, alors que les règles le font « dans un style tout-ou-rien »⁶¹², les principes « ne présentent pas de conséquences juridiques qui en découlent automatiquement quand les conditions sont remplies »⁶¹³. Autrement dit, que le droit respecte le principe selon lequel personne ne doit tirer des bénéfices de ses méfaits ne veut pas dire que le droit ne le permette pas dans certains cas. Cela signifie que nos principes n'indiquent jamais des décisions particulières mais plutôt « une raison d'aller dans un sens »⁶¹⁴, c'est-à-dire une indication pour prendre un certain type de décision plutôt qu'un autre. Ainsi, les principes guident l'application des règles, c'est le principe même du jugement, puisque les règles ne peuvent présider à leur propre application. De cette première caractéristique distinctive des principes, en découle une seconde : lorsque deux principes entrent en conflit, celui qui juge doit prendre en considération le poids de chaque principe pour pouvoir arbitrer entre eux. Ce n'est pas le cas des règles de droit, qui lorsqu'elles entrent en conflit, signalent que l'une d'entre elles au moins est invalide concernant le cas en question. Bien évidemment, et c'est là que réside toute la

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 80.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 80-81, Dworkin cite ici la décision rendue par la cour de New York.

⁶¹¹ Dans notre *Code civil* par exemple, la prescription acquisitive est définie comme « un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi », art. 2258 de la Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. Dworkin donne l'exemple d'un individu qui passerait illégalement sur un terrain pendant assez longtemps pour obtenir ensuite un droit de passage.

⁶¹² Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 82.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 83.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 84.

difficulté, l'importance d'un principe ne répond pas à une mesure déterminée, si bien que savoir quelle importance lui accorder est sujet à disputes.

Il est intéressant ici de noter que la manière de faire intervenir des principes, d'en déterminer *juridiquement* le poids, permet de proposer des lectures différentes du droit et donc d'imaginer que, dans le temps, ces lectures ne soient pas strictement identiques. Cela permet de comprendre *juridiquement* d'où peut provenir l'évolution du droit et de son application. Pour Dworkin, les références à la jurisprudence jouent justement ce rôle et fonctionnent comme des principes. En ce sens, il est très proche de Pound et de Llewellyn par exemple qui ont bien développé l'idée que des principes (voire des idéaux) interviennent dans la manière dont les juges interprètent les règles de droit pour rendre leurs décisions⁶¹⁵, et que ce sont eux qui sont à l'origine de nouvelles interprétations de la loi, comme dans le cas de *Rigg V. Palmer*, sans que ces principes soient toujours expressément formulés. Concernant le lien entre Dworkin, Pound et Llewellyn à propos de la question de l'interprétation des règles à la lumière de principes, en particulier lorsqu'il est fait recours à des précédents, on peut ici citer cette analyse de F. Michaut :

« Membres de l'École de la *sociological jurisprudence* et réalistes américains vont proposer une nouvelle lecture de la doctrine du précédent et une nouvelle théorie du rôle du juge face à la Constitution. La règle de droit y apparaît sous un jour différent. Elle ne disparaît pas, contrairement à ce que la critique en a jugé. Elle prend une signification autre dans la mesure où elle est considérée davantage comme ayant été dévoilée par la décision que comme ayant imposé celle-ci de manière impérative. Le juge ne plaque pas de manière purement automatique des règles préétablies sur des cas, il modèle l'étoffe juridique sur les cas en fonction des données de l'expérience et selon les règles de son art. Si son choix revêt par certains aspects un caractère pleinement politique, il n'en demeure pas moins spécifique. Telles sont les conclusions auxquelles parviendront ces deux courants, conclusions sur ce qui est et sur ce qui doit être, conclusions qui semblent constituer les fondements d'une part importante de la réflexion américaine contemporaine sur le droit et dont l'une des plus parfaites illustrations est l'œuvre du professeur Ronald Dworkin. »⁶¹⁶

Pour elle, la filiation est claire. Toutefois, à la différence de Pound et Llewellyn pour qui les juges pourraient disposer d'une très grande latitude dans leurs lectures et leurs appréciations de ces principes et de leur mise en œuvre, Dworkin ne conclut pas à un pouvoir discrétionnaire des juges. Les principes selon Dworkin, s'ils se distinguent des règles de droit par différents aspects, ont en commun avec elles d'être obligatoires. « Le pouvoir discrétionnaire, tout comme le trou dans

⁶¹⁵ Sur ce point, voir par exemple Roscoe Pound, « The Ideal Element in American Judicial Decision », in *Harvard Law Review*, vol. 45, 1931, p. 136-148 ; ou encore Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence : Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962.

⁶¹⁶ Françoise Michaut, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n° 2, 1987, p. 350.

l'anneau, n'existe qu'en tant qu'espace laissé libre par les limites qui l'entourent »⁶¹⁷. Or les limites, ce sont les règles, mais aussi les principes, qui ont un caractère obligatoire quoique non décisif. En effet écrit Dworkin :

« Seulement les règles dictent des résultats quoiqu'il en advienne. Quand un résultat contraire est obtenu, c'est que la règle a été abandonnée ou changée. Les principes ne fonctionnent pas de la sorte : ils font pencher la décision dans un sens, quoique de façon non décisive, et ils demeurent intacts quand ils n'ont pas prévalu. Cela ne semble pas être une raison de tirer la conclusion que les juges ayant affaire à des principes ont un pouvoir discrétionnaire car un ensemble de principes est tout à fait capable de dicter un résultat. »⁶¹⁸

Les principes joueraient donc un rôle régulateur davantage que constitutif, si l'on reprend la distinction classique de Kant dans la *Critique de la raison pure*⁶¹⁹. En effet, on peut lire entre ce passage et celui que Kant consacre à l'usage régulateur des idées de la raison pure des ressemblances importantes :

« les idées transcendantales n'ont jamais d'usage constitutif qui fournisse à lui seul des concepts de certains objets [...]. Mais, en revanche, elles ont un usage régulateur excellent et indispensablement nécessaire : celui de diriger l'entendement vers un certain but qui fait converger les lignes de direction que suivent toutes ces règles en un point qui, pour n'être, il est vrai, qu'une idée (*focus imaginarius*) [...] sert cependant à leur procurer la plus grande unité avec la plus grande extension. »⁶²⁰

C'est donc selon un usage similaire qu'il faudrait penser l'usage des principes et leur influence sur la décision. En conséquence, pour Dworkin, il faut abandonner la thèse selon laquelle les juges disposeraient d'un pouvoir discrétionnaire et avouer que lorsque nous employons ce terme, nous ne faisons au fond que souligner quelque chose qui relève de la gageure : les juges jugent, et juger, c'est inmanquablement faire preuve de discernement, et non appliquer aveuglément des règles. Il jauge les situations en fonction des principes qu'elles convoquent, et doit déterminer ceux qui comptent et arbitrer entre eux, en fonction de leur importance. Mais cet arbitrage « ne saurait dépendre des préférences personnelles du juge au sein d'une multitude de standards extra-juridiques respectables, qui tous peuvent faire l'affaire », parce qu'alors, plus aucune règle ne s'imposerait car on pourrait toujours trouver un juge dont les préférences parmi ces standards « justifieraient un changement ou une réinterprétation radicale même de la règle la mieux ancrée »⁶²¹.

⁶¹⁷ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 91.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 96.

⁶¹⁹ Kant, *Critique de la raison pure*, (1781 pour la première édition, 1787 pour la seconde), trad. André Tremesaygues et Bernard Pacaud, Paris, PUF, « Quadrige », 1997.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 453-454.

⁶²¹ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 98.

Les positivistes, conclut Dworkin, et avant eux, les réalistes et la *Sociological Jurisprudence*, s'y sont donc trompés : s'il y a droit, il n'y a pas pouvoir discrétionnaire. Cette erreur a eu pourtant de nombreux défenseurs, mais elle n'est selon lui que le symptôme d'une erreur plus profonde concernant la manière d'envisager le droit. Il faut rompre avec l'idée que le droit ne serait qu'un système de règles, serti par une règle fondamentale, la règle de reconnaissance, telle que la nomme Hart⁶²² – c'est-à-dire la règle sociale qui permet, au sein d'une société, d'identifier les règles qui appartiennent au système juridique propre à cette même société. Le droit inclut également des principes, et aucune règle de reconnaissance, aussi complexe soit-elle, ne peut les intégrer en son sein en même temps que les considérations nécessaires sur le poids qu'il faut leur accorder. Mais ce n'est pas parce que les principes s'appliquent parfois, et parfois pas, qu'ils sont de mauvaises règles, ou des règles cachées constituant un point aveugle du droit. Ils ne sont pas des règles de droit du tout, ne fonctionnent pas comme telles, et c'est précisément pour cette raison qu'ils nécessitent le travail interprétatif des juges. Il faut donc leur reconnaître une place, et non pas les évacuer sous prétexte qu'ils ne sont pas des règles, car sinon, « c'est comme si un zoologiste, après avoir démontré que les poissons n'étaient pas des mammifères, en aurait conclu qu'ils n'étaient en réalité que des plantes »⁶²³.

De son côté, Dworkin n'omet pas les difficultés qui ne manquent pourtant pas de surgir lorsque l'on intègre le concept de principe dans le droit, et qu'on abandonne la règle de reconnaissance chère aux positivistes. Ne risque-t-on pas alors, selon le mot de Ehrlich, que « la justice ait pour seule garantie la personnalité du juge »⁶²⁴ ? De fait, il reste encore à montrer comment les principes peuvent constituer une justification valide pour une décision judiciaire, que c'est bien ainsi que les juges construisent leur décision, y compris dans les cas difficiles, et que les principes qui obligent les juges correspondent bien à nos jugements moraux ordinaires et aux obligations qui en découlent. Dworkin

⁶²² Pour Dworkin, la volonté de délimiter le droit et de définir avec clarté la règle de reconnaissance a conduit de nombreux théoriciens, dont Hart, à méconnaître cette partie fondamentale du droit que constituent les principes et à restreindre leur vision du droit aux seules règles : « la raison principale de l'association du droit et des règles est plus profonde et tient, à mon avis, au fait que la formation juridique a pendant de longues années consisté à enseigner et à examiner les règles établies qui constituent le tranchant du droit. De toute manière, si un juriste conçoit le droit comme un système de règles et reconnaît cependant comme il le doit que les juges transforment les règles anciennes et en introduisent de nouvelles, il en viendra naturellement à la théorie du pouvoir judiciaire discrétionnaire au sens fort. Dans les autres systèmes de règles qu'il reconnaît (tels que les jeux), les règles sont la seule autorité particulière régissant les décisions des représentants, de sorte que si un arbitre pouvait changer une règle il disposerait d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'objet régi par cette règle. Tous les principes que les arbitres pourraient mentionner lorsqu'ils changeraient les règles ne représenteraient que leurs préférences "caractéristiques". Les positivistes traitent le droit comme un jeu de baseball ainsi revu. », *ibid.*, p. 100.

⁶²³ *Ibid.*, p. 101.

⁶²⁴ Eugen Ehrlich, « Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft », in Association of American Law Schools, *Science of Legal Method. Select Essays by Various Authors*, Boston, Boston Book Company, « Modern Legal Philosophy Series », vol. 9, 1917, p. 65, cité par B. N. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire*, *op. cit.*, p. 29.

est optimiste sur ce point, même si beaucoup de travail en résulte :

« Ces questions doivent être affrontées, mais en elles-mêmes, elles promettent déjà davantage que n'apporte le positivisme. Celui-ci, de son propre aveu, s'arrête devant ces cas énigmatiques, difficiles précisément, qui nous mettent en quête de théories du droit. Quand nous lisons ces cas, le positiviste nous renvoie à une doctrine du pouvoir discrétionnaire qui ne conduit nulle part et ne dit rien. Son image du droit comme système de règles a exercé une emprise tenace sur notre imagination, peut-être à cause de sa simplicité même. Si nous nous débarrassions de ce modèle de règles, nous serions peut-être capables de construire un modèle plus conforme à la complexité et à la subtilité de nos pratiques. »⁶²⁵

c. Le droit à la meilleure des décisions

Dworkin cherche à lutter contre toute forme de décisionnisme, qu'il soit politique ou moral, et à « éviter la colonisation des décisions de justice par des valeurs morales ou politiques personnelles des juges »⁶²⁶. Pour autant, ces décisions engagent bien des réflexions politiques et morales. Mais elles doivent être des réflexions *juridiques* qui prennent en compte des valeurs politiques et morales socialement partagées, et non des réflexions morales et politiques personnelles qui s'insinueraient dans le droit, ce qui reviendrait au fond à capituler devant une naturalisation morale et politique rampante de ce dernier. La frontière est donc ténue et comme telle, difficile à maintenir, pour respecter la spécificité du droit, qui serait de s'inscrire dans un consensus social institué.

Pour Dworkin, le droit porte la responsabilité de défendre des droits fondamentaux de l'homme, lesquels impliquent une vision morale et politique de ce dernier. Principalement, ce sont pour lui des valeurs de dignité et de liberté qui sont attachées aux individus, dans une logique d'égalité de droits et de traitement. C'est en ce sens qu'il entend qualifier sa théorie du droit de « libérale » : elle protège et défend les libertés humaines, et pas seulement la liberté économique, et ne peut exister que dans un système démocratique. Ces droits attachés aux individus sont irréductibles et s'inscrivent dans leur nature même. Mais en même temps, ils ne peuvent advenir qu'au prix d'une construction historique et politique concrète, parfois chaotique. Le travail des juges participe alors, selon Dworkin, à une longue tradition politique démocratique s'incarnant dans une histoire institutionnelle. Les juges ont eu et ont à charge d'écrire et de réécrire, au fil de l'histoire, ces droits de l'homme, qui s'accomplissent et se réalisent dans chacune de leur décision judiciaire. Valeurs morales et politiques d'un côté et système juridique de l'autre ne s'excluent donc pas mais se combinent : toute décision judiciaire est alors une reconnaissance des droits politiques qui existent pour tout individu. On aboutit ainsi à un autre pilier de la théorie de Dworkin : celui d'*entitlement*. Chaque citoyen a des droits

⁶²⁵ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 107.

⁶²⁶ Pierre Bouretz, in *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 15.

fondamentaux qui se phénoménalisent sous la forme de droits *de* – qui sont des libertés – et de droits *à* – qui sont des droits-créances, des attentes – que l’individu peut opposer à l’État, et que les juges ont à faire respecter et protéger dans des situations et des contextes concrets toujours singuliers.

Les juges n’ont alors jamais à prendre de décisions qui seraient justes en soi, selon un point de vue absolu, intangible, imperméable aux circonstances. Les décisions judiciaires ne sont pas des îlots métaphysiques de justice dont les juges auraient une intuition par on ne sait quel supplément d’âme ou talent caché. La validité et la justice de leurs décisions se déduisent au contraire de la qualité de leur insertion dans une lignée et dans un réseau de décisions passées et futures : elles doivent être cohérentes avec les décisions passées et présentes aussi bien qu’avec les décisions futures similaires que l’on sera amené à prendre à partir d’elles. Leurs décisions ne sont jamais prises isolément mais reflètent, presque malgré elles, toute une histoire institutionnelle, celle de la mise en œuvre des droits politiques des individus, qui en somme constitue la jurisprudence. On rejoint dans une certaine mesure les présupposés de la théorie des contraintes juridiques que nous avons examinée précédemment⁶²⁷, à cette différence près que Dworkin refuse de parler de contrainte car « l’histoire institutionnelle agit non pas comme une contrainte sur le jugement politique des juges mais comme un ingrédient contribuant à ce jugement »⁶²⁸. Le juge élabore une décision en prenant en compte une exigence de cohérence entre d’une part sa pratique actuelle, située dans un temps précis et dans l’espace d’une juridiction parmi d’autres, et d’autre part la pratique judiciaire dans son ensemble, entendue comme le système complet du droit pris dans une histoire et non dans sa stricte positivité.

On aboutit ainsi au concept central chez Dworkin de *law as integrity*, ou droit-intégrité, dont l’expression souligne à la fois l’unicité du droit, son intégralité et son indivisibilité⁶²⁹. C’est l’idée que le droit doit être compris selon un principe d’unification et de cohérence qui conduit à son tour à une certaine pratique de la décision judiciaire. Autrement dit, le droit doit être interprété, compris et poursuivi à l’aune de ce critère d’intégrité.

« Le principe d’unité en droit comme principe de décision s’adresse aux juges et aux autorités chargées d’appliquer les normes publiques de comportement d’une communauté politique. Il leur prescrit de lire et de comprendre celles-ci, dans toute la mesure du possible, comme si elles étaient l’œuvre d’un seul auteur, la communauté personnifiée, exprimant une conception cohérente de la justice et de l’équité. Il en résulte le critère suivant de ce qui fait le droit : une proposition de droit est vraie, si elle apparaît comme

⁶²⁷ *Théorie des contraintes juridiques*, dir. Michel Troper, *op. cit.*

⁶²⁸ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 160.

⁶²⁹ Voir la note du traducteur, p. VII, in Ronald Dworkin, *L’empire du droit*, *op. cit.* Voir en particulier les chapitres VI et VII qui sont consacrés au concept de « *law as integrity* ». Voir également l’article de Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n°1, 1985, p. 51-79 qui correspond à une première version du chapitre VII de *L’empire du droit*, parue quelques mois avant lui. Notons au passage que l’expression « *law as integrity* » est parfois traduite par celle de « droit comme unité », notamment par F. Michaut dans son article « *Law’s Empire* de Ronald Dworkin », in *Archives de Philosophie du droit*, tome 33, 1988, p. 113-119.

la meilleure interprétation du processus juridique en son entier, comprenant à la fois l'ensemble des décisions de fond déjà prises et la structure institutionnelle, ou si elle découle d'une telle interprétation. »⁶³⁰

En écrivant cela, Dworkin n'est pas dupe des aspects erratiques du droit. Il est bien entendu que le droit n'est pas, n'a pas été, et ne sera probablement jamais parfaitement cohérent. Il n'est pas question de refaire l'histoire et d'imposer après coup une lecture du droit qui ferait artificiellement apparaître des continuités en dissimulant les discontinuités réelles. L'enjeu est plutôt de faire apparaître une intention commune de continuité.

Juger, c'est donc toujours interpréter, dans un cadre limité par l'histoire et par le réseau de toutes les décisions prises par l'entière du système juridique. Aux sceptiques qui verraient dans cette latitude interprétative une manière dissimulée de loger à moindres frais la part discrétionnaire inexpugnable des décisions judiciaires, Dworkin commence par rappeler que dans la vie courante, nous pensons qu'il existe des interprétations meilleures que d'autres, et que par conséquent, toutes ne se valent pas. Il en va de même dans la vie judiciaire. Étant donnés certains critères, sur lesquels il faut faire un effort de clarté, et qui peuvent être discutés voire différents d'un juge à un autre, il existe des interprétations et partant, des décisions judiciaires, qui sont meilleures que d'autres. Voici alors la tâche qui incombe aux juges : toujours trouver la meilleure décision possible étant donnés le système juridique dans lequel ils se situent et les droits politiques que ce système doit faire reconnaître. Cette tâche devra faire appel à toutes leurs compétences dans les cas difficiles, où il faudra démêler des lectures et des interprétations différentes et parfois concurrentes de ce qu'est ce système, des règles et principes qui y priment et des droits politiques qu'il s'agit de protéger ou de reconnaître. Il s'agit alors de « trouver la meilleure interprétation constructive de la structure politique et de la doctrine juridique de leur collectivité. Ils essaient de rendre les meilleurs possibles cette structure et ce rapport complexes »⁶³¹. On peut sans peine repérer ici de multiples similitudes avec le modèle de l'explication rationnelle que Dray⁶³² développe dans le domaine de l'histoire. Chez Dray comme chez Dworkin, on note avec intérêt qu'il ne s'agit pas de lire la décision historique ou la décision judiciaire, comme le résultat d'une nécessité mécanique, unique, implacable, et prédictible. Au contraire, on pourrait presque toujours montrer que le juge dans les cas difficiles, ou le personnage historique, auraient pu agir autrement – quoique pas radicalement puisque seul un nombre limité d'actions rationnelles était éligible. Ainsi, dans le cas de l'explication de la décision historique comme dans celui de la décision judiciaire, on montre que ces décisions font partie de ce qui était prédictible,

⁶³⁰ Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », *op. cit.*, p. 51.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 278.

⁶³² William Dray, *Laws and Explanation in History*, *op. cit.*

justifiable et rationnel étant données les circonstances, quoique ces décisions demeurent discutables, c'est-à-dire sujettes au débat quant à l'interprétation retenue, voire parfois contestables.

Pour expliquer plus précisément en quoi consiste l'interprétation du juge et dans quelle mesure l'institution judiciaire et tout le système juridique qu'elle représente pèsent sur ce jugement, Dworkin utilise à nouveau une métaphore, celle du jeu d'échecs⁶³³. Au jeu d'échecs comme dans le droit, des cas limites peuvent être rencontrés. Les solutions qui sont retenues ne tiennent pas au caractère personnel des participants du jeu ou à celui des juges, mais dépendent de ce que l'on pourrait appeler le « caractère d'une institution ». C'est l'idée qu'un certain nombre de conventions, plus ou moins explicites, quant à ce qu'est, doit être, ou représente une institution – ainsi que le type d'institution auquel elle renvoie – régulent la manière dont agissent ceux qui appartiennent à cette même institution. Ce sont elles qu'il faut éclaircir lorsqu'un cas limite se présente pour réussir à définir avec clarté le sens global de cette institution, et réfléchir à la manière dont les conventions abstraites qu'elle génère peuvent être comprises et appliquées dans une situation concrète inédite.

Dworkin raisonne alors sur un cas imaginaire. Supposons un tournoi d'échecs dans lequel une des règles existantes stipule que le fait de gêner sciemment et de manière exagérée un concurrent est un motif d'élimination dont peut se saisir l'arbitre. Dworkin prend l'exemple du célèbre joueur russe Tal qui, par des sourires continuels à l'adresse du non moins célèbre joueur américain Fisher, cherchait à déstabiliser son adversaire. Il imagine quel raisonnement tiendrait l'arbitre qui aurait à décider de son élimination. Il devra commencer par cerner ce qu'est une conduite normale, par opposition à une conduite exagérée au jeu d'échecs. Une conduite normale pourra être définie comme une conduite qui ne nuit pas au caractère principal du jeu d'échecs qui est d'être un jeu fondé sur des compétences intellectuelles et se demander ce qu'il faut entendre par là. Mais ces compétences renvoient-elles davantage à une activité comme les mathématiques ou plutôt à un jeu comme le poker, dans lequel le bluff et l'intimidation psychologique ont un rôle majeur ? Ainsi, l'arbitre devra

⁶³³ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 179 et suivantes. Il n'est pas anodin que Dworkin choisisse cet exemple : il est probablement emprunté à Hart, et cela manifeste à quel point la pensée de Dworkin est toujours aussi une discussion de la pensée de son maître. L'exemple du jeu d'échecs est notamment pris par Hart dans *Le concept de droit* (deuxième édition, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, édition des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 75). Notons également que la métaphore du jeu d'échecs est un véritable *topos* lorsqu'il s'agit, en théorie du droit et en philosophie du droit, de décrire le système juridique comme un système où il y a du jeu (plusieurs coups ou décisions sont la plupart du temps possibles), mais où ce jeu est contraint par un ensemble de règles logiques, que reconnaissent et suivent les agents rationnels, voire qu'ils incorporent, même s'ils n'en sont pas toujours pleinement conscients. Au cours de nos analyses, nous avons en effet croisé cette image sous la plume de Frederic Schauer (*Thinking Like a Lawyer : A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009, p. 128), mais également, à plusieurs reprises, sous celle de Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper (*Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2005, dès l'introduction). Enfin, nous avons également pu voir à l'œuvre cette comparaison chez Ryle, lorsqu'il veut décrire de manière générale le fait que lorsque nous décidons et agissons, nous faisons appel à des savoirs pratiques qui ne sont pas forcément des savoirs intellectualisés, pleinement conscients et explicables, mais qui pourtant commandent bien de part en part le déroulement de notre action (*La notion d'esprit*, 1949, chapitre II, op. cit.).

répondre à toute une série de questions, de plus en plus précises, pour cerner petit à petit le caractère propre du jeu d'échecs, la conception de l'intelligence qui en découle, pour enfin répondre à la question de savoir si les manœuvres d'intimidation de Tal sont acceptables, ou si Tal doit être éliminé. Ce faisant, Dworkin prend la peine de reconstruire, même imaginativement, le calcul de cet arbitre et le rôle qu'y joue le caractère d'une institution. Il s'attache également à souligner combien il y a toujours un écart entre le raisonnement d'un individu tel qu'il se passe en réalité et ce même raisonnement tel qu'un observateur peut essayer de le recomposer. On peut en déduire que ce qui intéresse tout particulièrement Dworkin, c'est de mettre à nu les processus mentaux qui sont à l'œuvre lorsqu'il s'agit de prendre une décision dans le cadre très particulier qu'est le cadre institutionnel, qui est très fortement régulé. Il souligne ce faisant que la décision de l'arbitre, comme celle du juge, n'est pas une décision comme les autres.

d. Particularités de la décision judiciaire

Ce type de décision apparaît d'abord comme surinvesti par des règles. Il y a bien sûr celles du jeu en question, ou celles du cadre légal et judiciaire. Il y a également celles de la morale générale – au sens des valeurs et des normes en vigueur aussi bien socialement que dans les cadres de pensée du juge. Enfin, il ne faut pas omettre les règles sociales, les habitudes et coutumes culturelles actuellement en vigueur, auxquelles il n'échappe pas. Ainsi, s'il y a bien une autonomie institutionnelle, celle-ci, Dworkin le souligne lui-même, n'est pas pleine et entière, puisqu'aucune institution n'existe hors-sol pour ainsi dire. Ensuite, et il semblerait qu'on ait trop souvent tendance à en diminuer la portée, le fait d'appartenir à une institution, d'en être le représentant, voire d'être fonctionnaire, joue un rôle prépondérant dans la manière de prendre une décision. Car celui qui appartient à une institution appartient, comme on se plaît à le dire, à un *corps*, et ce rapport presque anatomique lie profondément sa décision en même temps qu'il lui confère en retour autorité et solennité. Llewellyn, on l'a vu, le souligne souvent, tout au long de son œuvre. Nous avons parlé à ce propos d'une liberté du juge paradoxalement contrainte par de nombreux éléments. Ils sont globalement de nature institutionnelle, et ce sont notamment, comme le rappelle Llewellyn⁶³⁴, la tradition juridique dans laquelle sont formés les juges, les doctrines et les techniques juridiques qu'elle fournit, la volonté des juges de produire une réponse juridique juste, l'interaction des juges au sein d'un même tribunal du fait de la collégialité d'une très grande partie des décisions prises, la recherche de l'approbation des autres juges et la volonté d'éviter de voir un jugement cassé par une

⁶³⁴ Voir par exemple Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition : Deciding Appeals*, *op. cit.*, qui entame, sa première partie intitulée « Deciding appeals » par une analyse des « Majors Steadying Factors in Our Appellate Courts ».

instance supérieure. Tout ceci forme les « murs »⁶³⁵ qui enferment la décision des juges dans un périmètre limité, ces derniers étant en grande partie intériorisés par les juges. Pour reprendre les termes mêmes de Dworkin dans le passage cité précédemment, les éléments qui enserrent les décisions des juges sont « employés », c'est-à-dire immédiatement à l'œuvre dans la structure même des jugements portés, plutôt qu'« exposés ». Autrement dit, ils ne sont pas considérés comme une matière externe à leur manière de penser : ils sont leur manière même de penser, et de conférer un sens à ce qu'ils jugent. C'est pour cette raison que Dworkin ne les considère pas comme des contraintes en un sens ordinaire.

Il faut, à nouveau, avoir en tête la distinction essentielle qui existe entre un raisonnement vu par un observateur extérieur, et un raisonnement fait à la première personne. Au début de *L'empire du droit*, Dworkin indique qu'il adopte le « point de vue de l'intérieur » du droit, « celui du participant »⁶³⁶. Il refuse d'adopter un point de vue extérieur, qui serait celui de l'historien ou du sociologue, qui peuvent se poser des questions à propos, par exemple, des influences que subissent les juges du fait de leur classe sociale ou du contexte économique, ou des liens entre les décisions judiciaires du XIX^e siècle et le type de capitalisme qui s'est établi aux Etats-Unis. Il sait par avance qu'on lui reprochera de s'enfermer dans des arguties philosophiques et de manquer l'aspect social du droit, et y répond ainsi :

« Certes, le droit est un phénomène social. Mais sa complexité, sa fonction et les conséquences qu'il entraîne dépendent toutes d'un seul trait caractéristique de sa structure. L'exercice du droit, contrairement à beaucoup d'autres phénomènes sociaux, repose sur une *argumentation*. Tout acteur de cet exercice comprend que ce qu'il permet ou demande dépend de la vérité de certaines propositions qui ne reçoivent leur sens que de cet exercice, et dans son cadre [...]. »⁶³⁷

Le théoricien du droit ne peut donc, de ce fait, se placer dans une position d'absolue extériorité par rapport à l'activité judiciaire. Il en manquerait le sens. Dworkin cherche ainsi à rendre compte du raisonnement que mettrait réellement en œuvre un juge – à la première personne – sachant qu'il ne peut le faire qu'en l'exposant – à la troisième personne – et en le rendant comme étranger à lui-même. En effet, il faudrait ajouter que le juge et le théoricien ne se placent pas exactement dans la même perspective. Le juge a pour tâche de trouver une solution, la meilleure possible, et de la défendre, tandis que le théoricien vise à rendre compte des lectures possibles du droit et des mécanismes d'interprétation qui président à l'élection d'une solution. Ainsi, pour ce dernier, « son rôle est

⁶³⁵ C'est l'expression de Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 77.

⁶³⁶ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 15.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 13-14.

d'expliquer et non pas de justifier »⁶³⁸. Il faut noter enfin que, même s'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de passer d'une connaissance non-observationnelle de nos raisonnements et de nos actions à une connaissance observationnelle de ceux-ci, sans perdre des informations ou manquer des aspects à leur propos du fait du changement de point de vue, cela ne doit pas nous amener à considérer que ce que font les juges se réduit à ce que nous les voyons faire, car la pratique judiciaire n'est pas entièrement transparente. Toute la difficulté est d'essayer de se représenter, de reconstituer et de mesurer l'importance d'éléments que l'on ne peut observer directement mais dont on doit logiquement déduire qu'ils ont eu une influence majeure sur la manière de décider des juges, et sans lesquels on ne pourrait pas comprendre la régularité et la prévisibilité de leurs décisions. Tout notre embarras provient du fait qu'il nous faut nous efforcer d'adopter un point de vue théorique sur quelque chose d'éminemment pratique sans le dénaturer, et sans se laisser prendre au piège intellectualiste qui consisterait à réduire le travail du juge au seul maniement formaliste des textes juridiques.

En effet, ces raisonnements que Dworkin cherche à faire revivre – qu'ils soient ceux de l'arbitre au jeu d'échecs, ou ceux de Hercule – se présentent avant toute chose comme des interprétations qui sont des raisonnements pratiques. Nous en avons précédemment dégagé les grandes caractéristiques avec Anscombe⁶³⁹ : ce sont des raisonnements qui ordonnent une série de moyens dont les descriptions permettent de reconnaître une intention ; ils sont tournés vers l'action ; ils renvoient à une direction d'ajustement qui va du monde aux mots ; ils s'apparentent à un type de connaissance à part entière – un savoir-comment – qui n'est pas réductible à un savoir théorique de type démonstratif. Les raisonnements exposés par Dworkin souscrivent à toutes ces caractéristiques : ils ordonnent bien des moyens, qui, dans le cas du juge, sont principalement des règles, des principes et des précédents ; ils sont bel et bien tournés vers une action qui prend la forme de la décision judiciaire ; il s'agit effectivement d'une direction d'ajustement monde-mots, car on n'imaginerait pas un juge venant réécrire un morceau d'un code ou d'une loi pour légitimer un acte ayant antérieurement eu lieu, afin que l'ajustement soit le bon ; et ils nécessitent bien un type de connaissance pratique, dont on a relevé les difficultés.

Il faudrait encore ajouter deux caractéristiques spécifiques aux raisonnements judiciaires. Premièrement, les raisonnements sont tous dirigés par une même intention, liée, pourrait-on dire, au caractère de l'institution qu'est la justice, et donc au fait d'en être un représentant. On pourrait ainsi la résumer : il s'agit de s'efforcer de rendre à chacun ce qui lui revient de droit. Cette intention de rendre justice apparaît chez Dworkin sous deux formules : il s'agit pour le juge de rendre son

⁶³⁸ Françoise Michaut, « La “bonne réponse” n'est-elle qu'une illusion ? », in *Droits*, n°9, « La fonction de juger », Paris, PUF, 1989, p. 77.

⁶³⁹ Gertrude E. M. Anscombe, *L'intention*, op. cit.

« meilleur jugement » ou de donner la « bonne réponse » en droit au problème juridique porté devant lui. Les parties engagées dans une affaire ont, quant à elles, « droit à son meilleur jugement concernant ce que sont leurs droits »⁶⁴⁰. Cette thèse selon laquelle il existe une bonne réponse en droit – au sens de la meilleure possible – est absolument centrale chez Dworkin, mais elle peut être comprise et interprétée de diverses façons. Aujourd’hui encore elle suscite le débat et lui a valu nombre d’objections et de critiques. Dworkin l’expose dans l’article « No right Answer ? »⁶⁴¹ et prétend, à la différence de Hart, que même dans les cas difficiles, il n’existe pas une indétermination du droit telle que le juge n’aurait d’autre choix que celui de trancher selon ses convictions propres. Même dans ces cas, il existe selon lui une bonne solution, et il est nécessaire qu’il en soit ainsi car alors, comment soutenir encore que les individus aient des droits fondamentaux et que les juges n’usent pas d’un pouvoir discrétionnaire ? Dire le contraire, comme le souligne F. Michaut, « était interdit en raison de la signification de la pratique sociale qu’est le droit, contredisait l’esprit du jeu, qui consistait en la reconnaissance de l’existence de droits acquis (*entitlements*) ». On est ici en présence des « trois piliers de l’édifice dworkinien : les droits, l’absence de pouvoir discrétionnaire, la bonne réponse, l’un ne pouvant pas aller sans l’autre, comme il le reconnaît volontiers lui-même »⁶⁴². Cette idée de bonne réponse n’est pas nécessairement quelque chose de démontrable, c’est d’ailleurs sur ce point que se concentrent les critiques comme on s’en doute. Elle fonctionne en quelque sorte comme un idéal régulateur de l’activité du juge. Dworkin ne veut pas dire qu’elle préexiste préalablement au travail du juge. Ce qu’il veut signifier, c’est qu’elle est ce qui guide son activité judiciaire. En contraignant le juge dans l’élaboration même de son raisonnement, elle lui assure par après une légitimation de sa réponse. Elle est ce qu’il recherche, et ce qu’il a la certitude subjective d’avoir trouvé lorsqu’il rend son jugement. Elle est soumise à deux critères principaux : être la plus compatible avec l’ensemble des décisions passées, tout en offrant la meilleure lecture possible du système juridique dans son entièreté. Ces deux critères – continuité et cohérence – ne sont pas dissociables l’un de l’autre et ne se pensent que combinés l’un à l’autre. Ainsi, commente J. Allard, « seule la possibilité, pour le juge, d’imaginer qu’il existe une bonne réponse compte aux yeux de Dworkin, car elle agit de manière contraignante sur le jugement, le forçant à cet effort réflexif qui conduit à l’exercice d’une forme de rationalité, d’autonomie, d’impartialité »⁶⁴³. On est bien là dans la définition d’un idéal régulateur.

⁶⁴⁰ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁴¹ Ronald Dworkin, « No Right Answer ? », in *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, dir. Peter M. S. Hacker et Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 58-84.

⁶⁴² Françoise Michaut, « La “bonne réponse” n’est-elle qu’une illusion ? », *art. cit.*, p. 71.

⁶⁴³ Julie Allard, « Dworkin : une philosophie critique du jugement », in *Revue internationale de philosophie*, vol. 233, n°3, 2005, p. 326.

Deuxièmement, le raisonnement judiciaire, en tant qu'il s'oriente vers la recherche de la bonne solution, peut être défini comme un jugement réfléchissant au sens où Kant le définit lui-même. C'est tout l'objet de J. Allard dans l'article « Dworkin : une philosophie critique du jugement » : montrer que « de nombreux liens peuvent être établis entre la philosophie kantienne et la théorie du droit de Dworkin, liens qui, à la fois, offrent à Kant une application concrète remarquable, et élèvent Dworkin au rang des philosophes contemporains de premier plan »⁶⁴⁴. L'idée d'idéal régulateur que nous venons de développer prend par exemple de forts accents kantien. Mais c'est en particulier la notion de jugement qui permet de les réunir. En effet, le travail du juge tel que Dworkin le décrit correspond à une double tâche : une tâche herméneutique, où il s'agit, toujours, de proposer une interprétation du droit et non d'appliquer le droit de manière mécanique ; et une tâche critique où il s'agit de faire apparaître le droit sous son meilleur jour, ce qui a des effets contraignants en retour, nous venons de le voir, sur la prise de décision judiciaire. Pour juger, le juge a recours non pas seulement à des règles, ce qui serait, en langage kantien, le propre de l'entendement, mais également à des principes. C'est en effet le propre de la faculté de juger – de la raison – de subsumer sous des règles en ayant recours à des principes. En effet écrit Kant :

« La faculté de juger est en général le pouvoir de penser le particulier comme contenu sous l'universel. Si l'universel (la règle, le principe, la loi) est donné, alors la faculté de juger, qui subsume le particulier sous l'universel, est *déterminante* [...]. Mais si seul le particulier est donné, pour lequel la faculté de juger doit trouver l'universel, alors la faculté de juger est simplement *réfléchissante*. »⁶⁴⁵

La faculté de juger déterminante se contente de subsumer le particulier sous l'universel à l'aide de lois déjà prescrites par l'entendement. Mais la nature offre tellement de formes diverses et de modifications de ces grandes lois et concepts de l'entendement qu'il peut arriver que celui-ci rencontre des objets et phénomènes qu'il ne parvient pas à connaître immédiatement à l'aide de ces concepts et lois, et qu'il doive les construire, à l'aide de la faculté de juger, en vertu du principe de finalité de la nature et d'unité de cette dernière. On peut bien entendu faire le parallèle avec les cas difficiles que rencontre le juge. C'est là qu'entre en jeu la faculté de juger réfléchissante :

« La faculté de juger réfléchissante, qui est obligée de remonter du particulier dans la nature à l'universel, a donc besoin d'un principe qu'elle ne peut emprunter à l'expérience, parce que justement il doit fonder l'unité de tous les principes empiriques sous des principes pareillement empiriques, mais supérieurs, et ainsi la possibilité d'une subordination systématique de ces principes les uns aux autres. Un tel principe transcendantal, la faculté de juger réfléchissante ne peut ainsi que se le donner à elle-

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 304. A noter que Julie Allard n'est pas la seule à opérer ce rapprochement. Pierre Bouretz, dans sa préface à *Prendre les droits au sérieux*, le fait déjà. On retrouve également cette idée chez André Berten et Jacques Lenoble, *Dire la norme*, Paris, LGDJ, 1996.

⁶⁴⁵ Kant, *Critique de la faculté de juger* (1790), dir. Ferdinand Alquié, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 1985, p. 105.

même comme loi, sans l'emprunter ailleurs (parce que, sinon, elle serait faculté de juger déterminante), ni le prescrire à la nature [...]. »⁶⁴⁶

Les raisonnements juridiques, en particulier dans les cas difficiles que cherche à décrire Dworkin, exigent un semblable va-et-vient. On part d'une situation concrète particulière pour laquelle l'universel permettant de la juger n'est pas aisément donné, pour ensuite s'élever à des règles et des principes abstraits valant de manière universelle, et enfin revenir à cette situation première que l'on peut désormais saisir avec raison. Le juge se saisit en effet d'une situation problématique, qui ne peut être subsumée facilement sous un concept ou une loi universelle, en construisant le concept ou la loi à partir desquels il pourra la juger. Il le fait en étant guidé par la conviction qu'il existe un principe ou une règle facilement utilisable qui permet d'effectuer cette tâche conformément aux autres règles et principes existants. Il dispose aussi d'une capacité d'évaluer la teneur de son opération, pour la corriger si nécessaire. Ainsi le parallèle avec Kant ne s'arrête pas là. L'activité du juge, réfléchissante, peut être décrite comme critique par elle-même : interpréter en droit, c'est d'abord élaborer une lecture du réel à partir de principes et de règles du droit, et c'est toujours aussi, presque dans le même temps, évaluer la pertinence de cette lecture en fonction du système tout entier, en termes de cohérence et de continuité. Chaque interprétation s'effectue en vertu de toutes les autres interprétations du droit, et c'est l'ensemble de toutes ces interprétations qui délimite et vient redéfinir l'empire du droit. Cela s'apparente beaucoup au travail critique qu'effectue la raison telle que Kant la décrit dans la seconde version de la préface et de l'introduction de la *Critique de la raison pure* en 1787. Exercer la raison dans sa dimension critique, c'est redéfinir chaque fois l'extension du domaine de la philosophie, c'est-à-dire le territoire de ce qu'il nous est donné de connaître et dans lequel la raison peut effectuer son propre procès, ce dernier terme étant toujours entendu au double sens du processus de ce qui s'effectue et de son évaluation comme dans un tribunal. Le juge et le philosophe exercerait donc des activités très similaires, quoiqu'appliquées à des domaines différents.

Enfin, on pourrait ici faire un dernier rapprochement entre Dworkin et Kant en montrant que l'un comme l'autre a à cœur d'essayer de comprendre comment il est possible d'établir un accord intersubjectif, et pas simplement un consensus ou un compromis, sur des questions à propos desquelles il ne semble pas exister de concept objectif et déterminé. En effet, Kant, dans la *Critique de la faculté de juger*, s'interroge à propos des jugements qui portent sur le beau et l'agréable. Là où Hume⁶⁴⁷ affirme une relativité des jugements esthétiques, arguant qu'on ne peut, au mieux, que rechercher une règle du goût qui se fonderait non pas sur des raisonnements *a priori*, mais sur

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 106.

⁶⁴⁷ Hume, *Essais moraux, politiques et littéraires*, trad. G. Robel, Paris, PUF, 2001. Voir en particulier, « De la règle du goût », p. 691-716.

l'expérience commune des hommes concernant « ce qui a plu universellement en tout lieu et en tout temps »⁶⁴⁸ et penser une éducation esthétique qui entraîne l'individu à ressentir comme beau ce qu'on s'accorde universellement à appeler beau, Kant cherche à fonder en raison nos jugements esthétiques, en les ancrant dans un universel, les distinguant par là des jugements portant sur l'agréable, qui eux demeurent irrémédiablement particuliers. D'une manière parallèle, on pourrait dire que là où les positivistes affirment qu'il existe, dans les jugements judiciaires portant sur des cas difficiles, des désaccords entre juges plutôt qu'une seule bonne solution, ce qui les autorise à entériner une part irréductible de discrétionnaire qui échappe à la rationalité juridique, Dworkin s'efforce de défendre qu'on peut montrer qu'une solution est supérieure aux autres parmi plusieurs possibles, et qu'en tant que telle elle doit être retenue.

Lorsqu'il présente l'antinomie du goût⁶⁴⁹, Kant rappelle que deux lieux communs s'opposent. Le premier consiste à dire que les jugements esthétiques sont subjectifs et comme tels, ils ne peuvent prétendre à une approbation unanime et universelle. Le second consiste à affirmer qu'on peut discuter des choses belles, en se fondant sur des concepts objectifs, mais qu'on ne peut s'accorder à prouver des choses à leur égard, car elles reposent sur des concepts indéterminés. Autrement dit, « *on ne dispute pas sur le goût [...] bien que l'on puisse parfaitement et légitimement en discuter* ». La résolution de l'antinomie consiste à répondre que certes le jugement de goût ne peut être démontré car il ne repose pas sur un ou des concepts déterminés, mais qu'il peut être partagé et faire l'objet d'un accord car il repose bien sur des concepts, même s'ils sont indéterminés et indéterminables une fois pour toute. Ainsi, nos jugements de goût portant sur le beau sont pour Kant nécessaires au sens où, si on nous disait le contraire, nous en serions indignés, tandis que pour un jugement de goût du type « Le vin des Canaries m'est agréable », nous ne sommes pas surpris ni gênés d'entendre un jugement contraire et acceptons simplement de ne pas tous avoir les mêmes goûts concernant le vin. Kant conclut que le concept de goût peut alors être caractérisé comme une « simple faculté de juger esthétique réfléchissante »⁶⁵⁰. C'est elle qui permet de construire un sens commun esthétique. Nous aurions en commun une même perception esthétique nous permettant d'établir des jugements similaires concernant les phénomènes esthétiques.

J. Allard voit dans le jugement esthétique réfléchissant kantien une analogie avec le jugement judiciaire chez Dworkin, ainsi qu'une manière de le lire à son avantage. De même que Kant cherche à soutenir que ce qui ne peut être démontré – le beau – peut néanmoins être partagé, Dworkin cherche à montrer « qu'un jugement qui n'est pas strictement déterminé par une règle peut toutefois prétendre

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 698.

⁶⁴⁹ Kant, *Critique de la faculté de juger* (1790), *op.cit.*, §56.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, §57, p. 301.

à une certaine validité (toute l'œuvre de Dworkin étant alors comprise comme une analyse de ce processus de "validation") »⁶⁵¹. Il affronte en quelque sorte la même antinomie que Kant lorsqu'il souhaite réfuter l'idée d'un pouvoir discrétionnaire des juges dans les cas difficiles en affirmant qu'ils sont liés à des principes qui pour autant n'indiquent pas une solution claire et unique. Ainsi la pratique judiciaire, dans les cas faciles comme dans les cas difficiles, serait par essence une activité réfléchissante et par conséquent critique : un jugement subjectif mais nécessaire, qui permet d'atteindre l'universel mais sans concept déterminé. Tout jugement judiciaire reviendrait en un sens à surmonter cette antinomie selon laquelle à la fois le droit détermine par avance le jugement qui sera rendu, et à la fois tout jugement doit toujours être compris comme une interprétation du droit qui redéfinit les contours et les limites de ce dernier. Ce qui relie ces deux parties de l'antinomie et permet de la résoudre, c'est l'acte de juger. Juger, c'est interpréter des faits à la lumière de principes, pour partie indéterminés, et qui se voient déterminés par cet acte même qu'est l'interprétation judiciaire. Si les principes, règles et lois étaient entièrement déterminés, alors il n'y aurait jamais véritablement à juger, et en ce sens, il ne s'agirait plus que de régler des affaires, ce que des machines, aidées d'algorithmes sophistiqués, pourraient très bien faire, et sans doute mieux et plus vite que les juges humains.

e. Une approche herméneutique

En mettant au cœur de sa définition du droit le concept d'interprétation, Dworkin s'inscrit délibérément dans la tradition herméneutique. Des références directes sont faites aux grands penseurs de ces courants, notamment Dilthey et Gadamer. Par exemple, dans *L'Empire du droit*, lorsque Dworkin cherche à définir ce qu'est selon lui le type d'interprétation que conduit le juge – l'interprétation constructive –, il le fait en se mettant délibérément dans le sillage de Dilthey. Dans une longue note, il rappelle que Dilthey a utilisé le terme *verstehen* « spécifiquement pour décrire le genre de compréhension que nous montrons en réussissant à connaître le sens des paroles d'autrui (ceci est un sens de perception, pourrions-nous dire, dans lequel comprendre quelqu'un implique de parvenir à une entente avec lui) plutôt que de décrire toutes les façons ou tous les modes possibles de comprendre sa conduite ou sa vie mentale »⁶⁵². Il souligne également que ce mode de compréhension s'oppose à la « compréhension de cause à effets » des faits sociaux et historiques, et qui renvoie à la catégorie de l'*erklären*. Il cite ensuite les débats que suscita le travail Dilthey en son temps et se réfère explicitement et avec précision aux prolongements qu'ils ont eu dans la philosophie de Gadamer et

⁶⁵¹ Julie Allard, « Dworkin : une philosophie critique du jugement », *op. cit.*, p. 318.

⁶⁵² Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 56.

de Habermas.

Dilthey et la tradition herméneutique des sciences de l'esprit dont il est une figure essentielle – nous en avons dessiné les grandes thèses et méthodes dans notre chapitre II – nourrissent en effet en profondeur l'œuvre de Dworkin. Dilthey pense que chaque individu, et le juge n'y fait pas exception, doit être compris dans toutes ses dimensions, comme un être entier, dont on ne peut abstraire la volonté, les sentiments, pour ne conserver que ses facultés de représentation. Il ne conçoit pas non plus que cet être entier qu'est l'individu puisse se comprendre indépendamment de la réalité socio-historique dans laquelle il vit. Pour Dilthey en effet, chaque individu s'inscrit dans une pluralité de systèmes culturels qui forment la communauté à laquelle il appartient, et on ne peut comprendre ses pensées et ses conduites sans avoir une connaissance de ces systèmes culturels et de la manière dont ils structurent chaque communauté et une société toute entière. Cela le conduit à défendre une approche holiste pour les sciences de l'esprit, par opposition à l'approche analytique conduite dans les sciences naturelles. Cette méthode suppose que les analyses que l'on peut conduire sur un aspect ou une portion de réalité n'ont de sens qu'à être remises en perspective et réinterprétées à la lumière du tout dans lequel elles s'insèrent et par lequel elles prennent leur sens. Chaque science particulière, qui s'attache à un système culturel en particulier ou même à une partie de ce système, doit étudier son objet en se référant toujours à la totalité dans laquelle il s'insère. Se tourner vers le tout doit permettre d'affiner ensuite la manière dont on a préalablement saisi son objet. Chaque science doit ensuite référer les propositions qu'elle a développées aux propositions que d'autres sciences particulières ont parallèlement développées. Là encore, cela doit permettre de retourner à chaque science particulière, et à ses objets, pour préciser à nouveau la manière dont on les comprend.

Dans cette perspective, Dworkin ne sépare pas ce système culturel qu'est le droit des autres systèmes culturels. Il le pense tout entier dans ses interactions avec la vie politique et morale. De même, il n'examine jamais le juge pris isolément, mais toujours dans le cadre plus large des relations qu'il entretient à ses collègues, à son institution, et enfin, il inscrit le tout dans une histoire où les décisions du passé sont essentielles pour penser les temps présent et futur. Par ailleurs, il décrit bien l'activité du juge comme un travail exécutant des allées et venues entre la situation particulière qu'il a à traiter et les règles, lois et principes qui le permettent, ce qui implique de prendre en compte le caractère et l'histoire de l'institution dans laquelle il se situe, les politiques en vigueur, la morale sous-jacente, et les réalités sociales futures que ne manqueront pas de faire naître les décisions qui seront prises. L'approche de Dworkin, que l'on a, du point de vue de sa logique, rapprochée du jugement réfléchissant kantien, se comprend également comme la mise en œuvre de ce que les sciences de l'esprit appellent le cercle herméneutique, c'est-à-dire cette redéfinition mutuelle et constante de la partie (un évènement, une décision, une situation, etc.) par le tout dans lequel elle s'insère (le contexte

socio-historique global).

Dans la perspective holiste des sciences de l'esprit, Dilthey préconise de mettre en œuvre la méthode de la compréhension. Il s'agit de partir de l'étude des éléments concrets que l'on a à disposition concernant un objet ou un domaine, le plus souvent des textes écrits, pour essayer de reconstituer les actes des individus et le sens que ces actes ont pu revêtir pour eux. On établit donc des faits, en ayant un rapport critique aux sources et traditions qui les constituent. Il s'agit ensuite de comprendre les éléments dont ils sont composés, les liens qu'ils entretiennent avec les autres faits, les transformations historiques qu'ils ont pu subir ou auxquelles ils ont donné lieu, pour enfin s'intéresser aux relations qu'ils ont avec les individus aussi bien qu'avec la réalité socio-historique toute entière. Pour cela, il faut développer un regard et un état d'esprit particulier : comprendre c'est alors sentir comme, voir comme on voyait dans la situation précise que l'on cherche à connaître. C'est la fameuse *Einfühlung*.

On retrouve des échos de cette méthode dans la manière dont Dworkin approche la figure du juge. Rappelons-nous qu'il refuse d'adopter sur le juge un point de vue extérieur, celui d'un simple observateur, et défend au contraire la nécessité de prendre un point de vue interne. Au début de *L'empire du droit* notamment, il le souligne, critiquant au passage ceux qui, au nom d'une meilleure compréhension de la dimension sociale et historique du droit, défendent une approche extérieure du droit, par le biais de la sociologie ou de l'histoire, qui ne s'attache pas à la *lettre* des débats juridiques et à l'argumentation qui s'y déploie. Selon lui, une telle perspective sur le droit « demande du réalisme social, mais le genre de théorie qu'elle prône est incapable d'en apporter »⁶⁵³. La ligne argumentative de Dworkin est simple : l'essence de l'activité judiciaire repose sur l'interprétation de textes (législatifs ou doctrinaux), et sur l'argumentation en faveur de certaines interprétations plutôt que d'autres. Ne pas s'y intéresser de près, revient à s'interdire de comprendre ce que fait le juge quand il juge. Ainsi, connaître le droit, c'est connaître la manière dont est fait le droit, et par conséquent cela revient à étudier les textes que lisent et produisent les juges, qui sont les traces de leurs actes, et à chercher à sentir, voir, décider comme le fait le juge. C'est en ce sens également que l'on peut comprendre la richesse des exemples que convoque Dworkin et plus particulièrement ses passages sur le juge Hercule⁶⁵⁴. Dworkin l'utilise à chaque fois pour nous permettre, à nous lecteurs qui ne sommes pas forcément juristes, d'entrer dans le raisonnement du juge.

Enfin, l'attention pour les formes littéraires, notamment le récit, et donc pour les études littéraires, qui comprennent entre autres la philologie, la poétique, et la critique, constituent un dernier

⁶⁵³ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, op. cit., p. 13.

⁶⁵⁴ Voir Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, chapitre IV et *L'empire du droit*, chapitre VII.

centre d'intérêt commun à Dilthey et Dworkin – il y en aurait d'autres à développer, mais ils excèdent l'objet et les besoins de notre examen. Dilthey en effet, considère que le savant, dans les sciences de l'esprit, ne se contente pas d'élaborer et d'accumuler du savoir : il « rédige une œuvre »⁶⁵⁵. Ce faisant, il s'inscrit à son tour dans divers systèmes culturels de sorte que « le fait de tracer chaque lettre de cet ouvrage constitue ainsi un élément de tous ces systèmes »⁶⁵⁶. D'une manière similaire, on a pu remarquer que Dworkin insiste énormément sur la dimension d'écriture et de lecture du travail des juges. Décider, c'est d'abord avoir lu – des textes de lois, des textes doctrinaux, des décisions –, c'est ensuite avoir interprété, et c'est enfin écrire à son tour, pour motiver la décision finalement prise. Nous pouvons également souligner que Dilthey prend souvent dans ses écrits des exemples qu'il tire des études littéraires, en plus de s'appuyer sur la philologie comme technique fondamentale des sciences de l'esprit. On peut penser à celui de l'étude des œuvres poétiques qu'il donne, alors qu'il s'interroge sur la possibilité pour les sciences de l'esprit de désigner une science responsable de la connaissance de la totalité socio-historique, ce à quoi prétendent la philosophie de l'histoire et la sociologie de son temps, mais dont Dilthey leur refuse le titre⁶⁵⁷. Il explique que celui qui étudie les œuvres poétiques doit s'intéresser à la manière dont les éléments constitutifs d'une œuvre sont liés à la vision du monde qu'en avait son auteur, à l'idéal de vie qu'il souhaitait défendre et au type de réalité sociale à laquelle il était confronté. Il doit montrer également comment, en retour, l'œuvre est à son tour conditionnée non plus par son auteur, mais par les traditions et plus globalement l'histoire du champ poétique. Cela implique alors de se tourner vers les lois générales de l'art et de la poésie en particulier, et de s'intéresser à la manière dont elles travaillent l'imagination du poète par distinction d'avec celle d'autres individus et à la manière dont ces grandes lois sont travaillées à leur tour par l'imagination du poète. Le savant doit donc s'élever à des réflexions sur l'art, l'anthropologie, la vie spirituelle et la nature humaine en général. Pour terminer, et ceci nous intéresse particulièrement, il souligne que la poétique, si elle souhaite vraiment jouer son rôle de fondement des études littéraires, doit aussi être prise dans une dimension critique, c'est-à-dire dans sa fonction d'énonciation des règles permettant d'évaluer et de juger les œuvres. Tout lecteur, qu'il soit critique littéraire ou juge, entre dans un processus interprétatif qui est toujours aussi évaluatif et qui aura potentiellement des conséquences sur la manière dont, à sa suite, seront lus les textes. Il en irait ainsi des textes littéraires comme des textes juridiques qui nécessitent un lecteur pour les faire exister. Il existe de fait toujours plusieurs lectures possibles, puisque le lecteur est toujours situé dans un contexte particulier et est lui-même un individu particulier. Cependant, toutes les lectures ne sont pas

⁶⁵⁵ Wilhelm Dilthey, *Œuvres I, Critique de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes* (1883), *op.cit.*, p. 210.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 247 et suivantes.

possibles car alors il ne s'agirait plus de lire un texte, mais d'en écrire un nouveau.

Chez Dworkin, on retrouve cette ambivalence entre prescription et description, et, on l'a vu, une réflexion sur le rôle et le point de vue du théoricien du droit qu'il est. Contrairement au positiviste qui a pour principe de distinguer le plan de la description de celui de la prescription, Dworkin les entremêle car il les estime indissociables, à l'instar de Dilthey. Comprendre l'activité judiciaire c'est à la fois connaître et comprendre les savoirs théoriques, les textes de lois et les lectures possibles qui sont à disposition des juges, mais c'est aussi comprendre et justifier ou évaluer la manière dont ils tranchent parmi ces lectures possibles, ce qui les engage résolument dans une dimension pratique. Dworkin en effet, en tant que théoricien du droit, refuse de s'en tenir à une position purement théorique, et s'implique lui-même dans l'évaluation de la lecture des systèmes juridiques qui est faite par les juges. Cela revient à cette idée que si l'on veut faire la théorie de ce que font réellement les juges, alors il faut sûrement aussi s'intéresser à la partie évaluative de leur travail et l'évaluer nous-mêmes, car les juges ne font pas qu'expliquer le droit quand ils rendent une décision : ils le construisent et le justifient, exposant par là une évaluation du droit, qui doit à son tour être critiquée, ce qui renvoie à l'activité même d'interpréter. C'est, sur le fond, la même remarque que Dilthey fait quand il souligne que la partie critique de l'étude des œuvres poétiques fait partie intégrante de cette dernière. Ce faisant, écrit F. Michaut, Dworkin procède à une redéfinition du rôle du théoricien :

« ou bien, comme Dworkin, il renonce au point de vue scientifique pur et se fait acteur, il adopte un point de vue engagé. Il peut alors défendre une lecture du système juridique et donner sa version de la bonne réponse dans un cas donné. Ou bien il veut conserver à tout prix son point de vue d'observateur extérieur et alors il ne peut pas lui-même dire quelles sont les normes qui composent le système juridique mais seulement constater des lectures données de ce système. Il peut dire que le juge a l'obligation de trouver la bonne réponse mais il ne pourra dire quelle est la seule bonne réponse dans un système donné. L'existence de celle-ci est nécessairement postulée par les acteurs du système, qui peuvent être n'importe qui en l'occurrence, ce qui ne veut pas dire que n'importe quelle interprétation aura le même intérêt, simplement le jeu que joue l'acteur est soumis à des règles différentes de celle du jeu que joue le théoricien. »⁶⁵⁸

Interprétation, lecture et écriture sont donc au cœur du travail du juge. En ce sens, Dworkin s'inscrit bien dans le mouvement *Law and Literature* qui naît aux Etats-Unis dans les années 1980. Ce mouvement intellectuel part de l'idée que, puisque le droit est principalement du texte, et que comme tout texte, il est interprété, on pourrait s'inspirer des théories déjà bien rodées de l'interprétation que l'on utilise communément dans l'étude des textes littéraires mais également des

⁶⁵⁸ Françoise Michaut, « La "bonne réponse" n'est-elle qu'une illusion ? », *art. cit.*, p. 77

textes religieux, pour les appliquer aux textes juridiques⁶⁵⁹.

Pour terminer sur ce point, on peut donc souligner que Dworkin projette sur le droit un éclairage littéraire en mettant en avant sa matière textuelle, la nécessité qu'il y a d'en penser l'interprétation, et donc l'utilité qu'il y aurait d'aller chercher du côté de la littérature des méthodes et des outils d'analyse du droit. Il emploie ainsi lui-même de nombreux exemples littéraires – pensons à la longue analyse que Dworkin consacre au personnage de Scrooge tiré du *Conte de Noël* de Dickens⁶⁶⁰. Il a également souvent recours à la fiction, à des métaphores littéraires. Il fait donc se côtoyer avec fécondité le droit et la littérature, que l'on ne penserait pas spontanément à associer. Mais il va plus loin encore. Pour lui, il faudrait même, pour bien le comprendre, analyser le travail du juge comme un travail comparable à celui du romancier en littérature. Il s'agirait non pas seulement de penser le droit en association avec la littérature, mais de penser le droit comme de la littérature : non pas *Law and literature* mais *Law as literature*.

f. Hercule et le roman du droit

La métaphore du roman à la chaîne qu'a proposée Dworkin est devenue un lieu commun des discussions sur l'interprétation en théorie du droit. C'est dans *L'empire du droit*, et dans un article tiré de cet ouvrage, « La chaîne du droit », qu'elle est développée⁶⁶¹. Nous allons en rappeler les éléments principaux, pour montrer ensuite comment elle convient paradoxalement très bien à la vision du droit qu'ont développée les réalistes. Voici comment il l'introduit, assumant d'emblée et sans détour le rapprochement entre droit et littérature :

« L'interprétation n'est pas seulement centrale dans le droit, elle l'est aussi dans la critique littéraire, en histoire, en philosophie et dans de nombreuses autres activités encore, et pour imaginer le rôle qu'elle joue dans le droit, nous pouvons nous inspirer de ce qui est sa fonction dans l'un de ces contextes non juridiques. C'est ainsi que je commencerai par quelques remarques sur l'interprétation en littérature ; mais dans un genre artificiel inventé pour accroître l'analogie entre la critique littéraire et ce que font les juges. »⁶⁶²

⁶⁵⁹ Voir notamment sur ce point : les publications de la Cardozo Law School, qui se sont d'abord appelées les *Cardozo Studies in Law and Literature* puis tout simplement *Law and literature* ; le chapitre « Law and literature », in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, dirigé par Dennis Patterson, Oxford, Blackwell Publishing, 1996, p. 450-461 ; le passage que consacre F. Michaut au mouvement Droit et littérature dans l'article « Etats-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 666-667 ; pour aller plus loin, on peut consulter aussi les chapitres que F. Michaut consacre à la comparaison entre l'interprétation des textes juridiques et celle des textes littéraires et religieux, pour montrer les prolongements du réalisme américain dans le courant contemporain de *Law and Literature*, et la centralité du concept d'interprétation (Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine, op. cit.*, chapitre XVI et XVII, p. 271-288).

⁶⁶⁰ Il développe cette analyse dans *L'empire du droit, op. cit.*, au chapitre VII.

⁶⁶¹ Ronald Dworkin, *L'empire du droit, op. cit.*, chapitre VII et « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n°1, art. cit.

⁶⁶² Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n°1, art. cit., p. 52.

Il imagine alors un groupe de romanciers. Un ordre de passage est tiré au sort. Une fois le premier chapitre écrit, chaque romancier succède à un autre, en fonction du tirage au sort, recevant de son prédécesseur le ou les chapitres déjà écrits. Il a à sa charge de continuer le roman initié en faisant en sorte d'écrire « le meilleur roman possible »⁶⁶³. Chaque romancier, excepté le premier, doit donc faire l'effort d'interpréter ce que les autres ont écrit avant lui :

« Il doit déterminer quelles motivations, et quel caractère attribuer à chacun des personnages fictifs qu'il rencontre dans les pages du roman qui lui ont été envoyées ; quelle est l'idée ou quel est le thème du roman ; quelle contribution, un certain procédé ou une certaine forme littéraire, dont l'utilisation a pu être délibérée ou non, apporte à l'expression de celle-là ou de celui-ci et dans quelle mesure il conviendrait, en conséquence, soit d'en étendre l'emploi, soit de l'affiner, soit de l'élaguer, soit encore de l'abandonner. Bien évidemment, il tient compte, dans ces décisions, de l'apport qu'il sera en mesure de réaliser lui-même dans chacun de ces domaines et de l'œuvre que ceux qui viennent derrière lui pourront, à leur tour, accomplir sur cette nouvelle base. »⁶⁶⁴

On devine et on reconnaît dans ce passage, des thèmes récurrents de l'œuvre de Dworkin. On remarque par exemple que les questions que le romancier est censé se poser ressemblent pour beaucoup à celles que l'arbitre du jeu d'échecs doit lui-même se poser dans *Prendre les droits au sérieux* et à la manière dont le juge doit en général s'interroger concernant le caractère de l'institution dans laquelle il se situe, ce qui requiert d'examiner son histoire, ses traditions, ses méthodes, ses finalités et de faire le tout en maintenant une attention équilibrée aux décisions qui ont été prises dans le passé et en anticipant les conséquences qu'elles auront sur les décisions futures. Le but de ces contraintes d'écriture est de faire naître chez le lecteur le sentiment qu'il n'y a qu'un seul et même auteur à l'origine du roman qu'il feuillette, alors qu'en réalité ce n'est pas le cas. Il en va de même dans le droit : il n'y a pas qu'un juge, et il n'y a pas qu'un législateur, et pourtant, par souci d'égalité et de justice, il est nécessaire que juges et législateurs œuvrent comme un seul homme, et que les justiciables en soient convaincus.

Ainsi explique Dworkin, chaque romancier doit porter « un jugement global ou une succession de jugements globaux alors qu'il écrit et ré-écrit »⁶⁶⁵. Ce jugement s'effectue selon au moins deux dimensions : celle de la convenance et celle de la valeur. Concernant la dimension de convenance, c'est l'idée que chaque romancier aura à construire une théorie opératoire des personnages, de l'intrigue, bref de tous les éléments qui constituent le roman déjà écrit, afin de se donner une interprétation générale du texte qui couvre l'ensemble de ce dernier. Dworkin précise alors que le romancier à l'œuvre devra faire « entrer en jeu ce qu'on pourrait appeler son sens de l'interprétation,

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ *Ibid.*

sa faculté intuitive à déchiffrer le discours, le clin d'œil, l'affirmation, l'histoire ou tout autre acte dont la compréhension n'est possible qu'à la lumière d'une conduite plus large »⁶⁶⁶. Autrement dit, ce sens de l'interprétation lui permet de construire une théorie interprétative qui puisse passer le « test de l'auteur unique ». Dworkin parle ici d'un sens de l'interprétation, ce qui ne va pas sans faire penser à Llewellyn et son sens de la situation ; il parle également d'intuition de ce qui est en jeu dans le roman, ce qui cette fois renvoie davantage à Dilthey. Dans les deux cas il est question, comme il le dit, « d'impression générale » guidant le jugement plutôt que d'un jugement automatique qui découlerait de manière univoque de l'analyse du roman en cours. Un autre romancier pourrait, dans des conditions similaires, faire sur certains points des choix différents, voire rejeter ce qu'il accepte ou accepter ce qu'il rejette. En effet, dans l'interprétation, le jugement n'est pas guidé par une nécessité absolue, et il contient une part de création. Ainsi par exemple, ce sens de l'interprétation ne dicte pas forcément, entre deux interprétations qui semblent de puissance égale en termes d'explication, laquelle choisir comme étant la meilleure. Cette part de création est prolongée dans la suite du roman que l'auteur s'essaie à écrire, puisque c'est en fonction du jugement global interprétatif qui aura été porté d'une part, et de ce que l'auteur est capable de produire d'autre part, que le nouveau chapitre sera finalement écrit. On voit là encore facilement le parallèle que veut établir Dworkin : la dimension de convenance pour le roman à la chaîne est transcrite dans la théorie du droit de Dworkin par le concept de droit-intégrité, que nous avons explicité plus haut. C'est toujours à la lumière d'une tentative pour rendre le droit le plus cohérent possible, pour lui donner ou lui conserver son unité, que le juge agit.

Concernant la dimension de valeur que doit comporter le jugement global du romancier, il faut entendre ici le terme de valeur en un sens esthétique. L'exigence de convenance dans la théorie interprétative retenue doit être combinée avec la volonté de chercher à écrire le meilleur roman possible. Ici le sens artistique de l'auteur intervient, et il peut même intervenir plus tôt, pour aider à trancher entre des interprétations de l'œuvre concurrentes qui sembleraient égales. Il guide la manière dont l'auteur va lire le roman déjà écrit et en construire la suite. Il ne s'agit pas cette fois de critères qui viennent de l'œuvre elle-même, et qu'il faudrait respecter, mais de critères qui viennent du jugement lui-même : il faut faire en sorte que ce que le romancier à la chaîne ne peut choisir en un sens que subjectivement, ait pourtant une prétention à l'universel, c'est-à-dire corresponde à ce qui a été écrit et pourra être écrit. On retrouve ici, de manière plus directe, les caractéristiques apparemment antinomiques que le jugement de goût kantien doit relier pour prétendre à être valide.

Le roman à la chaîne permet donc de faire une analogie avec l'interprétation en droit dans les

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

cas litigieux. En effet écrit Dworkin, « l'entreprise du roman à la chaîne présente suffisamment de similitudes avec le principe d'unité en droit, pour nous inviter à établir un parallèle avec la résolution des cas difficiles par les juges acceptant ce principe »⁶⁶⁷. Cependant, il ne faut pas exagérer les similitudes et bien rappeler quelques différences fondamentales. La première est que dans le roman à la chaîne, les contraintes d'écriture sont générées par l'exigence d'une interprétation qui préserve la cohérence et l'unité de l'œuvre et par des préoccupations esthétiques. Elles renvoient aux deux dimensions de convenance et de valeur esthétique que Dworkin prend soin de distinguer dans le jugement interprétatif qui conduit à l'écriture de la suite de l'œuvre. Dans le roman du droit, il y a également des contraintes interprétatives, mais c'est par rapport à des convictions politiques et morales qu'il faut les comprendre. Les deux dimensions à l'œuvre cette fois sont celle de la convenance et de la « morale politique »⁶⁶⁸. Une seconde différence entre le roman à la chaîne et le droit réside dans le fait que les romanciers n'ont à prendre en compte, dans leur interprétation de l'œuvre en cours, que les chapitres qui précèdent et ce qu'ils vont écrire par rapport à l'économie générale de cette dernière. Il s'y ajoute bien sûr des considérations générales sur ce qu'est un bon roman, etc., mais ils n'ont pas à rechercher de cohérence par exemple avec les autres intrigues des autres romans. De manière opposée, souligne Dworkin :

« Un juge, qui est responsable de la conformité à l'idéal du principe interprétatif, de son côté, doit soumettre son interprétation d'une partie quelconque du grand réseau de structures politiques et de jugements de sa communauté au test d'une théorie cohérente justifiant la structure dans son ensemble et dans chaque détail. »⁶⁶⁹

Il précise qu'aucun juge réel ne peut vraiment venir à bout d'une telle tâche, d'où sa fiction du juge Hercule. Mais cela correspond à la manière bien réelle dont, sur le terrain, un juge aguerri, expérimenté, sait intuitivement quelle extension peut avoir sa décision, c'est-à-dire à quel point son interprétation résiste lorsqu'il cherche à l'étendre à d'autres branches du droit, et à la manière dont cela oriente son choix d'une interprétation plutôt que d'une autre. Il est intéressant de noter que Dworkin précise pourtant que ces extensions interprétatives ne sont pas sans limites. En effet, si c'était le cas, on pourrait penser que cela permettrait d'homogénéiser le droit et d'en renforcer l'unité, en luttant contre sa compartimentation. Mais dans les faits,

« on découvre que la compartimentation du droit, en branches dont les limites doivent être respectées par tout jugement interprétatif de ce qu'est actuellement le droit de chaque branche, constitue un complément intéressant et peut-être même nécessaire pour les juges soumis au principe d'unité en droit, dans l'accomplissement de leur tâche. [...] plus un juge irait chercher loin l'interprétation qui constituerait un bouleversement local, plus ses

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 55.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 59.

jugements dépendraient de convictions générales en matière d'interprétation et de politique, or celles-ci diffèrent d'un juge à l'autre et on pourrait considérer le droit comme établi sur beaucoup moins de points que maintenant. »⁶⁷⁰

Le fait que le droit soit scindé en ensembles plus petits (droit civil, pénal, etc.) et qu'un « principe de priorité locale » prévale permet que soient respectées les grandes divisions du droit, qui, du point de vue de la morale commune, consacrent des distinctions essentielles comme par exemple celle entre la responsabilité contractuelle, délictuelle ou encore criminelle. L'interprétation est donc fortement structurée par ces différents principes : unité, cohérence, priorité locale.

Arrêtons-nous sur la dimension politique du jugement. Elle intervient dans un second temps, et doit pouvoir permettre, si besoin, de trancher entre deux interprétations concurrentes – ou plus –, qui auraient réussi avec succès le test de convenance. Il s'agit alors de déterminer laquelle montre le droit sous son meilleur jour possible « du point de vue de la morale politique », ce qui revient au fond à « composer et comparer deux histoires », pour finalement répondre à cette question : « Quelle est de ces deux histoires celle qui montre la communauté sous un meilleur jour, tout bien considéré, du point de vue de la morale politique en général ? »⁶⁷¹. La réponse qui sera donnée dépendra d'une part des convictions du juge à propos des grands principes abstraits de la morale politique, notamment la justice et l'équité, et d'autre part de ses convictions quant à la manière dont les individus de la communauté politique à laquelle il appartient croient qu'il faut mettre en œuvre ces grands principes. Il devra arbitrer entre les deux, ce qui pourra effectivement se faire de manière différente selon les juges.

D'après Dworkin, ces deux dimensions – convenance et morale politique – et la manière dont elles interviennent fournissent « aux juges et à tous les autres qui interprètent le droit, une structure qu'ils peuvent utiliser pour identifier leur technique d'analyse et l'améliorer »⁶⁷². Néanmoins, il ne faut pas confondre le plan de l'analyse du raisonnement, que Dworkin mène ici à l'aide du juge Hercule qui présente des qualités hors normes, et le plan du raisonnement réel. La distinction analytique entre dimension de convenance et dimension de morale politique n'est pas forcément une différence réelle et on ne la voit pas nécessairement à l'œuvre dans la réalité de la pratique des juges. Ainsi explique Dworkin, elle doit être entendue comme

« une simplification utile qui fait partie d'une théorie opératoire et non une explication théorique complète du jugement judiciaire. Elle fait abstraction à la fois du fait phénoménologique que l'interprétation générale de tout juge mélange souvent les deux dimensions en un unique jugement qui lui semble d'une seule pièce et, peut-être,

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 61-62.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 65.

spontané, et le fait théorique que nous venons de noter que de nombreuses contraintes interprétatives qui figurent dans la décision initiale de la première dimension reflètent néanmoins des convictions politiques [...] qui devront être soldées contre d'autres convictions propres à la seconde. »⁶⁷³

Il termine son exposé par un conseil adressé aux juges. Au fond, ceux-ci doivent essayer, autant que possible, lorsqu'ils tranchent dans un cas difficile, de choisir une solution qui corresponde à un principe politique qui dessine la bonne direction au vu des décisions passées et pour la suite des décisions à venir. Cela signifie qu'ils doivent au contraire essayer de ne pas céder à une solution qui leur paraîtrait attirante seulement pour le moment présent. Or affirme Dworkin, « il y a dans ce conseil, beaucoup de place pour l'illusion, y compris sa propre illusion »⁶⁷⁴. Les juges, même avec la meilleure intention peuvent échouer à trouver la meilleure solution et ne trouveront peut-être qu'une bonne solution, ou une solution acceptable. Mais ce modèle d'analyse de la prise de décision et le fait même de vouloir s'y référer et s'y conformer doit pouvoir permettre, la plupart du temps, de repérer ses propres erreurs, ou de les voir chez les autres.

Cette métaphore du roman à la chaîne et son application au roman du droit que nous venons d'exposer révèle pour nous au moins trois choses, qu'il convient de souligner. Premièrement, la comparaison du juge au romancier met en lumière le fait que le juge est à la fois un interprète, un créateur et un narrateur. Son activité, même si elle ne se réduit pas à cela, est en grande partie une activité langagière : il travaille à l'interprétation de textes et en produit d'autres. Son matériau fondamental est fait de mots. Les décisions qu'il prend sont des successions d'actes de langage qui vont faire le récit d'un cas, de son insertion dans une branche du droit, de la compréhension de ces différents éléments pour les temps passé, présent et futur, et en conséquence des actes qui vont s'en suivre. Ainsi, à l'issue d'une décision, une partie gagne, une autre peut perdre, une procédure s'arrête ou une nouvelle commence, une culpabilité est déclarée, une peine est mise en œuvre. Cette issue résulte d'un récit du droit, refait chaque fois à nouveaux frais, et qui apparaît sous la forme concentrée de la décision. Sauf que ce *storytelling* n'est pas l'œuvre, ou du moins ne doit pas être l'œuvre d'un seul ou d'un groupe d'individus, mais doit être le reflet le plus transparent de la conscience politique, morale et historique d'une communauté, qui a donné mandat à ses juges pour appliquer une certaine idée de la justice.

Deuxièmement, cette structure narrative qui caractériserait le droit aurait l'avantage de faire apparaître sa dimension historique, et sa capacité d'évolution dans le temps. Présenter le droit ainsi c'est faire la part belle à l'idée des réalistes, et avant eux de la *Sociological Jurisprudence*, que le

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 66.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 70.

droit peut se transformer, progresser, accompagner des idées nouvelles ; c'est également le rapprocher de son utilité sociale et souligner tant les effets qu'il a sur une société que ceux que cette société a sur lui. On peut ici évoquer un exemple, toujours avec Hercule en personnage central, que Dworkin convoque pour montrer comment le droit peut se transformer profondément, sans se dédire, sans être l'œuvre d'un pouvoir discrétionnaire des juges, et sans forcément qu'il y ait eu l'intervention d'un législateur. Il imagine qu'en l'espace d'une génération, la manière de penser les nuisances – c'est-à-dire le fait de créer intentionnellement des conditions qui portent atteinte au droit d'autrui à jouir de ses biens – et de les distinguer des négligences – les actes commis par inadvertance qui causent un préjudice à autrui – ait beaucoup changé. Pendant bien longtemps ils avaient été séparés mais les nouvelles technologies (usines, aéroports, etc.) causeraient de nouveaux types de torts qui n'étaient pas forcément prévus, ou généreraient des phénomènes qui seraient considérés parfois indûment comme des nuisances ou des négligences. Par ailleurs, la distinction classique entre les deux poserait problème et ne semblerait plus opératoire. Que se passerait-il alors ? Il se peut que le législateur vote alors de nouvelles lois pour réorganiser la responsabilité des individus dans ces domaines. Mais il se peut aussi que les juges forcent un peu les termes des lois encadrant les nuisances et les négligences pour les interpréter dans la bonne direction, en faisant en sorte, par exemple, que l'on n'interprète plus l'implantation d'une usine ou d'un aéroport comme étant par principe une nuisance causée aux riverains et comme devant être démantelée. Ainsi écrit Dworkin :

« Un jour, Hercule verra qu'à un moment du passé récent le droit général des nuisances a changé sans que personne s'en aperçoive, ce qui ne signifie rien de plus mystérieux que l'intervention d'une modification dans l'équilibre interprétatif qui fera qu'il devra accepter désormais un argument qu'il aurait rejeté auparavant. [...] L'histoire n'est pas finie. Si Hercule persuade la profession d'adopter la nouvelle interprétation, plus large, les frontières conventionnelles entre branches du droit se modifieront finalement aussi : les nuisances et les négligences ne seront plus des branches distinctes du droit, mais des co-occupantes d'une nouvelle province qui ne tardera pas à attirer vers elle un nouveau nom qui sera attaché à de nouveaux enseignements dans les écoles de droit et à de nouveaux traités. »⁶⁷⁵

Par cet exemple, Dworkin souligne que le droit peut être plastique et épouser les transformations sociales qu'il constate par ailleurs. La part interprétative du droit lui laisse une certaine latitude pour ce faire, mais cette latitude n'est pas le fait de quelques juges avant-gardistes ou de la discrétion d'un seul : elle résulte du constat de la profession que certains concepts doivent être élargis ou au contraire restreints, que certaines interprétations qui jusque-là avaient cours doivent être abandonnées et que d'autres, peu usitées, doivent à la place être privilégiées. Ces changements de direction sont justifiés et même requis par l'exigence de cohérence et d'intégrité du droit et par les critères de convenance

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p 63.

et de morale politique qui entrent en ligne de compte dans l'élection d'une interprétation par rapport à d'autres.

Troisièmement enfin, la métaphore du roman à la chaîne révèle en miroir qu'il existe probablement aussi une dimension esthétique dans le travail interprétatif du juge. Dans un roman à la chaîne, les romanciers successifs doivent produire des jugements d'ensemble concernant ce qui a été écrit afin de pouvoir déterminer ce qui doit être écrit. Chaque romancier doit « adopter un point de vue sur la progression du roman, avoir une théorie valable sur ses personnages, son intrigue, son genre, son thème et son but »⁶⁷⁶. Pour que son point de vue critique soit de bonne qualité, il faudra qu'il développe une conception complexe, nuancée, variée et nourrie de ce qu'est un bon roman et de la bonne manière de continuer celui auquel il s'attelle. Il se pourra qu'il découvre qu'il existe non pas une mais plusieurs interprétations possibles qui conviennent au roman tel qu'il est et tel qu'il doit être continué. « Là, ses jugements *esthétiques* plus essentiels, sur l'importance, sur la pénétration, sur le réalisme ou sur la beauté des différentes idées que peut être amené à exprimer le roman entrent en jeu »⁶⁷⁷. Face à des interprétations également cohérentes, ayant une puissance explicative semblable, le romancier peut être amené à trancher entre elles en faisant intervenir cette fois-ci des critères de valeur esthétique. Il existerait dans le travail d'interprétation du juge quelque chose qui ressemble de très près à cette recherche esthétique. Dworkin les compare de la manière suivante :

« De même que l'interprétation, dans un roman à la chaîne, représente pour chaque interprète, un équilibre précaire entre diverses attitudes littéraires et artistiques, en droit, c'est un équilibre précaire entre des convictions politiques de diverses sortes ; en droit comme en littérature celles-ci doivent être assez reliées, et pourtant assez distinctes, pour permettre un jugement d'ensemble qui échange le succès d'une interprétation sur un type de critères contre son échec sur un autre type. »⁶⁷⁸

Il ne s'agit pas de dire ici que le critère principal du juge est de produire des décisions ayant une valeur esthétique, bien entendu, mais de montrer que lors du processus de construction d'une interprétation qu'on préférera à une autre, une forme d'attention esthétique est portée à la manière dont sont pesés les différents ingrédients du jugement. Ainsi, à propos de ce principe régulateur selon lequel le juge cherche à faire apparaître le droit sous son meilleur jour lorsque qu'il rend une décision, et donc à rendre son meilleur jugement, J. Allard écrit :

« Dworkin formule ce principe régulateur sous la forme d'une hypothèse qui est qualifiée d'"esthétique" parce que produire la meilleure interprétation du droit consiste selon Dworkin à faire apparaître le droit sous son meilleur jour. L'art est exemplaire dans ce cadre non pas parce que Dworkin cherche à esthétiser le droit : il ne dit pas que le beau

⁶⁷⁶ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, op. cit., p. 252.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 253, nous soulignons.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 261-262.

est juste ou que le juste est beau. L'art est exemplaire parce qu'une peinture abstraite peut n'avoir aucun sens clair et évident, et pourtant avoir de la valeur. Cette valeur dépendra en quelque sorte du spectateur, c'est-à-dire de l'interprète ou du juge. »⁶⁷⁹

J. Allard rappelle également que Dworkin n'est pas le seul ni le premier à établir un lien entre jugement esthétique et jugement judiciaire. Elle cite Arendt qui en son temps le faisait déjà : « Ce n'est pas par intérêt pour l'esthétique que je crois tant dans la critique du jugement de Kant, mais parce que je pense que la manière dont nous disons ceci est juste n'est pas très différente de la manière dont nous disons ceci est beau, ceci est laid »⁶⁸⁰. En outre, remarque J. Allard, de la même manière qu'en matière d'art le désaccord est souvent de mise, en matière judiciaire rares sont les décisions qui ne suscitent aucune objection, aucune contradiction et emportent une adhésion pleine et entière. Nous pourrions ajouter enfin qu'il n'est pas si exotique que cela de parler d'une dimension esthétique dans le droit. Elle existe même dans des sciences ou des domaines dans lesquels cela semblerait une absolue étrangeté. Pensons par exemple aux mathématiques, censées être le temple de l'exactitude, de l'objectivité et de la froideur dénuée de toute affection. En mathématiques en effet, il existe des démonstrations plus élégantes que d'autres pour prouver la même chose, qui font intervenir des critères esthétiques tels que l'efficacité, la concision, la simplicité au point qu'il n'est pas rare de parler de beauté mathématique⁶⁸¹. De manière similaire, il existe dans le droit des décisions plus efficaces, plus évidentes que d'autres, parce qu'elles résultent d'interprétations qui en un sens sont plus belles, et cette beauté joue un certain rôle – évidemment pas le rôle principal – dans la décision finale qui est choisie.

Narration, historicité et esthétique sont donc des caractéristiques qui, chez Dworkin, définissent en profondeur le travail interprétatif qui préside à la prise de décision judiciaire. Ce sont des aspects du raisonnement et de la prise de décision judiciaires qui sont peu observables, quantifiables et qui, sûrement, ne sont pas toujours extrêmement conscients ou questionnés chez les juges, dans la mesure où il s'agit d'une manière de voir les choses, d'une expérience, d'un arrière-plan culturel, d'*habitus* dirait Bourdieu. Pourtant, ils sont décisifs et c'est pour cela que Dworkin s'efforce de les faire apparaître, au travers des multiples exemples et récits – réels ou fictionnels – auxquels il a recours. De la sorte, il donne corps à la partie non strictement juridique du raisonnement judiciaire, à ce que les réalistes appelaient les raisons non juridiques que les juges ont de juger. Contrairement à la plupart des juristes, Dworkin ne s'en émeut pas. Le droit ne peut être « pur », et n'a probablement pas vocation à l'être. Il est imprégné de réflexions morales, politiques, sociales et

⁶⁷⁹ Julie Allard, « Dworkin : une philosophie critique du jugement », *art. cit.*, p. 321, note 46.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, cité p. 322, note 49 : Hannah Arendt, *Vies politiques*, Paris, Gallimard, 1986, p. 29.

⁶⁸¹ Voir par exemple David Ruelle, *L'étrange beauté des mathématiques*, Paris, Odile Jacob Sciences, 2008.

économiques, et est indissociable d'un temps et d'un lieu déterminés. Il ne se réduit pas à un ensemble de règles juridiques. Dworkin ne le constate pas à regret, il ne pense pas que ces incursions non juridiques soient des défauts malencontreux du droit ou le signe de l'incapacité des hommes et des juges en particulier à se soumettre à une pure rationalité. Paradoxalement, ces éléments non spécifiquement juridiques font partie du droit : car si le droit est la forme de nos rapports sociaux, réciproquement, la vie sociale est la matière que le droit cherche à organiser, et l'un n'a de sens que par rapport à l'autre.

3. L'influence de Quine

On a montré les accointances de Dworkin avec le courant herméneutique. Il les reconnaît et les évoque d'ailleurs lui-même. On a également remarqué que Dworkin ne cesse de confronter sa pensée à celle de Hart, qu'il connaît très précisément et dont il discute les thèses de manière quasi constante. En revanche, n'apparaissent presque pas, et en tous cas, surtout pas à la première lecture des pièces maîtresses de son œuvre, ses rapports avec la philosophie de Quine⁶⁸². À notre connaissance, cette filiation n'est d'ailleurs jamais évoquée ou soulignée par les commentateurs de Dworkin comme un élément central de sa pensée ou explicatif de la forme qu'elle prend. Quine a pourtant été pour lui un maître à penser, auprès duquel il a conduit ses propres études de philosophie, à Harvard. En dépit du caractère peu apparent de cette influence, il semblerait bien que les thèses quiniennes travaillent profondément en sous-main la pensée de Dworkin. En particulier, le holisme épistémologique et sémantique que Quine défend dans le célèbre article « Les deux dogmes de l'empirisme »⁶⁸³ semble avoir largement influencé sa théorie de l'interprétation.

Dans « Les deux dogmes », Quine rappelle que l'empirisme repose principalement sur deux principes fondamentaux : la scission entre d'une part les vérités analytiques (fondées sur des significations indépendantes des faits) et d'autre part les vérités synthétiques (fondées sur les faits) ; le réductionnisme, qui affirme que chaque énoncé scientifique doté de signification repose sur une construction logique à partir de termes qui dérivent de l'expérience immédiate. Ce sont précisément

⁶⁸² Par exemple, dans l'ouvrage capital qu'est *L'empire du droit*, Dworkin ne cite Quine que deux fois, et de manière assez périphérique, puisque qu'il n'est mentionné que dans l'appareillage de notes, pour évoquer le principe de charité et la discussion des contextes opaques dans *Word and Object*.

⁶⁸³ Publié une première fois en 1951 dans la *Philosophical Review*, l'article « Les deux dogmes de l'empirisme » est réédité quelques années plus tard légèrement corrigé, dans l'ouvrage *From a Logical Point of View. Nine Logico-Philosophical Essays* qui paraît en 1953 (et est révisé en 1961 puis à nouveau en 1980).

ces deux dogmes que Quine va successivement mettre en cause puis détruire. Ce faisant, il refuse toutes les théories fondationnelles, telles qu'elles ont été défendues par exemple par Carnap dans *La construction logique du monde* en 1928, et épouse ainsi ce qu'il appelle « un pragmatisme plus profond »⁶⁸⁴.

Quine remet en cause l'indépendance des énoncés analytiques, et leur distinction d'avec les énoncés synthétiques, en procédant d'abord à une analyse de la notion de signification sur laquelle repose cette distinction. Au cours de cette analyse⁶⁸⁵, il évoque notamment la question de la définition des significations, à laquelle il ne parvient pas à trouver une fondation claire. Définir est souvent pensé comme « une manière d'enregistrer une synonymie attestée »⁶⁸⁶, c'est-à-dire d'attester d'un certain usage que nous avons d'une signification ou d'un groupe de significations. Définir, c'est donc homologuer des usages et en interdire d'autres. Or, les définitions, pas plus que l'établissement de relations de synonymie entre des significations ne peuvent servir de fondement aux significations. Il évoque également le cas des explications scientifiques et philosophiques en général, qu'il range dans la catégorie des définitions : les explications ont pour but d'améliorer un *definiendum*, de montrer les contextes dans lesquels il est utilisé, en montrant quels sont ceux dans lesquels il est le plus employé, et quel sens très particulier il prend dans d'autres contextes où il est moins fréquemment convoqué. Chaque science développe ainsi son propre langage, dont les différentes parties sont reliées entre elles et au tout de cette science par des règles de traduction qui ne sont pas autre chose que des définitions. Les énoncés définitionnels peuvent être reliés de trois façons à ce qu'ils définissent, rappelle Quine : soit la définition est une paraphrase de l'objet à définir dans un langage plus courant par exemple, soit elle en est une explication au sens où nous venons de l'évoquer, soit enfin elle en est une nouvelle notation, c'est-à-dire une signification nouvellement créée.

Ce point nous intéresse ici particulièrement : analyser la signification d'un texte, et cela vaut donc aussi pour un texte juridique, cela peut vouloir dire faire la paraphrase des différents termes et énoncés dont il est constitué, les expliquer ou bien encore leur attribuer une nouvelle signification. Ces deux dernières opérations de définition semblent bien être celles qui occupent le plus le juge lorsqu'il rend une décision, en particulier lorsqu'il a une décision à rendre sur un cas difficile. En effet, le cas difficile est celui où les différents éléments du dossier doivent être clairement définis pour savoir par exemple s'ils renvoient plutôt à telle qualification ou à telle autre, s'ils tombent sous le

⁶⁸⁴ W. V. O. Quine, *Du point de vue logique. Neuf essais logico-philosophiques*, trad. Sandra Laugier, Paris, Vrin, 2003, p. 81.

⁶⁸⁵ Nous n'en retraçons pas ici toutes les étapes. Nous nous contentons simplement de montrer comment certains points particuliers de ses analyses et de sa remise en cause des deux dogmes de l'empirisme font écho à certaines prises de position de Dworkin.

⁶⁸⁶ W. V. O. Quine, *Du point de vue logique. Neuf essais logico-philosophiques*, op. cit., p. 55.

coup de tel ou tel élément de la loi, ou encore s'ils doivent faire l'objet d'une enquête, d'une vérification, etc. Les textes juridiques eux-mêmes qui sont alors sollicités nécessitent d'être à leur tour définis au sens où une explication s'avère nécessaire pour savoir si le texte auquel on fait appel s'applique bien à la situation que l'on a à juger : correspond-il au contexte ? Lui correspond-il de manière particulière, peu banale ou de manière très courante ? Par ailleurs, dans les cas où les juges « créent » du droit, c'est-à-dire rendent une décision peu courante voire étonnante, ou bien statuent sur un cas qui jusqu'ici ne s'était jamais présenté, on peut lire ces situations comme des moments où une notation a été « récemment créée, récemment pourvue de signification *hic et nunc* »⁶⁸⁷. Il est décidé qu'à partir de maintenant, si la décision n'est pas cassée par des instances supérieures mais se voit au contraire confirmée, des cas et des circonstances similaires devront être traités de la même façon. Plus largement, on peut tout à fait comparer, *ceteris paribus*, les systèmes juridiques à des systèmes logiques et mathématiques qui développent un langage propre selon des règles générales, syntaxiques et sémantiques qui gouvernent l'ensemble des énoncés acceptables. Comme eux, ils disposent de concepts de base, combinables à l'infini, permettant une multiplicité d'énoncés selon une grammaire générale qui fixe également les règles de validité de ces énoncés. Hart l'a parfaitement montré dans *Le concept de droit*.

Cependant, et c'est le point de bascule de l'argumentation de Quine, des significations ne sont pas vraies ou fausses dans l'absolu, en vertu des seules lois du langage (juridique, mathématique, etc.) sous la juridiction desquelles elles se déploient. Des énoncés analytiques ne sont pas vrais ou faux seulement par eux-mêmes, indépendamment des faits du monde, ou, pour le dire autrement, il n'existe pas d'énoncés analytiques totalement séparés d'énoncés synthétiques, et qui seraient vrais quelles que soient les circonstances. Au contraire, écrit Quine, « la vérité dépend en général à la fois du langage et des faits extra-linguistiques »⁶⁸⁸. Il donne un exemple célèbre. L'énoncé « Brutus a tué César » serait faux s'il en avait été autrement dans le monde, ou si « a tué » avait signifié « était le père de ». Il veut insister par-là sur la double dépendance de la vérité d'une part aux données linguistiques qui l'énoncent et d'autre part aux faits non-linguistiques auxquels elle se rapporte et sur l'erreur qui consiste à dissocier ces deux dimensions, et à postuler par conséquent qu'il existe une distinction nette entre d'une part des énoncés analytiques et d'autre part des énoncés synthétiques. En effet écrit-il :

« on peut être tenté de penser que la vérité d'un énoncé, en général, est analysable en deux composantes, une composante linguistique et une composante factuelle. Étant donnée cette supposition, il devient alors raisonnable de penser que, dans certains énoncés, la composante factuelle puisse être nulle : ce serait les énoncés analytiques. Mais aussi

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 69.

raisonnable que paraisse *a priori* cette hypothèse, on n'a toujours pas réussi à tracer une frontière entre les énoncés analytiques et synthétiques. Croire qu'une telle distinction peut être tracée est un dogme non empirique des empiristes, un acte de foi métaphysique. »⁶⁸⁹

Transportée au droit, cette analyse peut produire la réflexion suivante. Le droit est certes un ensemble de règles, que l'on peut formellement établir, mais il ne s'y réduit pas. Il comporte également, nous dit Dworkin, des principes. Ces derniers, quoique obligatoires et appartenant pleinement selon lui à la sphère du droit, ne désignent pas de manière univoque des décisions toutes faites, mais plutôt des raisons de prendre plutôt un certain type de décision plutôt qu'un autre. Ils renvoient à un ensemble de valeurs politiques et morales qui sous-tendent la manière dont ces principes pèsent sur les décisions juridiques et font que les règles de droit sont mises en œuvre d'une façon plutôt que d'une autre. Le droit ne peut ainsi pas être considéré comme un langage fermé sur lui-même, c'est-à-dire comme un ensemble clos d'énoncés, qui tireraient chacun leur signification du seul système juridique dans lequel ils naissent. Ils n'ont de sens qu'à être appliqués, à mettre en forme la réalité et sont d'ailleurs interprétés et réinterprétés au gré des évolutions de cette réalité. Que vaut en effet une loi qui ne serait jamais mise en œuvre, qui n'aurait aucune existence réelle, aucune application et se réduirait à une succession de mots ? À l'inverse, n'a-t-on pas souvent vu des situations se répéter et nécessiter de la part du législateur l'écriture d'une nouvelle loi ou d'un nouvel article et par la suite sa mise en œuvre par les juges ? Nos lois n'existent pas seulement linguistiquement, elles existent aussi et dans le même temps factuellement, et ces deux composantes ne sont pas séparables. De la même manière que pour que l'énoncé « Brutus a tué César » soit vrai, il faut que cela ait été effectivement le cas dans le monde et que cet énoncé ne veuille pas dire quelque chose d'autre comme « Brutus était le père de César », de la même manière, pour qu'une loi existe et soit valide, il faut à la fois que des faits réels tombent sous son coup, et que la manière dont elle est appliquée et interprétée corresponde effectivement au sens que l'on attribue à cette loi.

Dans l'article des « deux dogmes », Quine met également en doute l'idée que la validité des significations de nos énoncés puisse reposer sur leur confirmation par la méthode empirique, avec cette différence que les énoncés analytiques seraient vrais quoiqu'il arrive. Il attaque ainsi ce que l'on a coutume d'appeler la théorie vérificationniste de la signification. C'est là qu'intervient le second dogme : le réductionnisme. Nos énoncés seraient vrais en vertu d'une certaine correspondance avec nos expériences immédiates. Tout énoncé doté de sens pourrait être ramené, en vertu d'un certain nombre de traductions successives à un énoncé portant sur une ou plusieurs expériences immédiates. Dans le réductionnisme radical, on fait correspondre terme à terme chaque unité d'un énoncé à une donnée sensible, puis cette technique s'avérant infructueuse, ce sont des énoncés entiers que l'on fait

⁶⁸⁹ *Ibid.*

correspondre à des données sensibles. Carnap s'y est essayé, mais a abandonné son entreprise, ne parvenant pas à traduire tous les éléments de notre langage, en données sensibles, certains connecteurs logiques demeurant irréductiblement présents et pourtant intraduisibles. Quine remarque que malgré tout, le dogme réductionniste s'est maintenu, en reposant sur l'idée que

« chaque énoncé, ou plutôt chaque énoncé synthétique, est associé à un éventail unique d'événements sensoriels possibles, que l'occurrence de n'importe lequel d'entre eux peut accroître la probabilité que l'énoncé soit vrai, et que lui est associé également un autre éventail unique d'événements sensoriels possibles dont l'occurrence ferait diminuer cette probabilité [...]. Cette idée reste bien sûr implicite dans la théorie vérificationniste de la signification. »⁶⁹⁰

Contre cette survivance, Quine affirme au contraire que si le vérificationnisme est possible, la correspondance à établir ne doit pas se faire des énoncés isolés aux données sensibles, mais elle doit plutôt se penser à un autre niveau. La correspondance doit s'effectuer entre l'ensemble de nos énoncés et l'expérience, entre la science prise dans son ensemble et le monde.

« Ma contre-suggestion, tirée essentiellement de la doctrine carnapienne du monde physique dans l'*Aufbau*, est que nos énoncés sur le monde extérieur affrontent le tribunal de l'expérience sensible, non pas individuellement, mais seulement collectivement. »⁶⁹¹

De la même manière que chaque énoncé dépend, quant à sa vérité, à la fois des données factuelles dont il fait état et de la manière dont il combine les données linguistiques du langage dans lequel il est écrit, « la science a une double dépendance à l'égard du langage et de l'expérience »⁶⁹². Cette double dépendance ne doit pas être mal comprise : elle n'est pas d'un côté une dépendance à l'égard du langage, et de l'autre une dépendance à l'égard du monde. L'une et l'autre ne sont pas séparables, pas plus que ne le sont les énoncés analytiques et synthétiques. Par ailleurs, la correspondance science-monde ne doit pas être comprise comme une correspondance terme à terme, allant des énoncés scientifiques aux données du monde sensible, mais comme une correspondance globale. L'énoncé comme unité, nous dit-il, est « un tamis trop fin. L'unité de signification empirique est la science prise comme un tout »⁶⁹³. On aboutit là à la thèse du holisme sémantique et épistémologique que Quine a défendue et élargie à partir du holisme de Duhem⁶⁹⁴.

Selon le holisme de Quine, la science, qu'elle soit mathématique, naturelle ou humaine, est

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 74-75.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² *Ibid.*, p. 76.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ Pierre Duhem, *La théorie physique. Son objet, sa structure* (1914, seconde édition), Lyon, ENS Éditions, « Bibliothèque idéale des sciences sociales », 2016.

entendue comme un tout, comme une « étoffe tissée par l'homme »⁶⁹⁵ dont tous les bords sont en contact avec l'expérience sensible. Lorsqu'un conflit semble apparaître dans les zones qui bordent la science, entre ses énoncés et l'expérience sensible, des réévaluations, des réajustements peuvent être décidés dans différentes régions de la science, en prenant garde de « déformer le système total aussi peu que possible »⁶⁹⁶. C'est du moins selon Quine la tendance naturelle qui guide le travail scientifique. Cela signifie que chaque énoncé scientifique peut toujours potentiellement être revisité, mais que ces réajustements ne viennent jamais bouleverser le champ de la science dans sa totalité. En effet, « le champ total est tellement sous-déterminé par ses conditions limites, à savoir l'expérience, qu'on a toute latitude pour choisir les énoncés qu'on veut réévaluer, au cas où interviendrait une seule expérience contraire »⁶⁹⁷.

Cette perspective holiste, on la retrouve bel et bien chez Dworkin. Le concept de droit-intégrité et l'exigence de cohérence dans la prise de décision judiciaire constituent l'un des fondements du droit et de la compétence judiciaire. En effet, si le fond du travail judiciaire est bien interprétatif, toute interprétation menant à une décision est guidée, selon Dworkin, par une lecture globale du système judiciaire, de sorte que toute décision présente doit être cohérente avec les décisions qui sont prises actuellement dans des juridictions similaires, mais également cohérente avec les décisions passées et offrir des perspectives futures qui le soient également. La meilleure des décisions est alors celle qui offre la meilleure lecture du droit dans sa totalité. C'est d'ailleurs ce critère qui guide le travail interprétatif et permet de choisir entre différentes interprétations concurrentes : la décision qui sera prise permet-elle de maintenir l'unité du droit ? Le fait-elle de la meilleure manière possible – si tant est qu'on parvienne à trouver des critères permettant de définir ce qui est le meilleur ? Est-elle localement correcte de sorte qu'elle respecte bien les distinctions entre les différentes régions du droit ? Si l'interprétation en question répond positivement à ces différents tests, elle peut alors être considérée comme valide. C'est ce processus qui permet d'aboutir à la considération qu'« une proposition de droit est vraie »⁶⁹⁸. Sa vérité dépend bien, comme chez Quine, de sa cohérence avec l'ensemble des énoncés juridiques qui constituent le droit. On retrouve, chez l'un comme chez l'autre, la même description d'une tendance naturelle à vouloir déformer le moins possible le système de la science en général ou du droit en particulier, ce qui, dans le même temps, est paradoxalement le gage d'une évolution possible. En effet, dans le cas de la science telle qu'elle est décrite chez Quine comme dans celui du droit tel qu'il est entendu chez Dworkin, les énoncés de

⁶⁹⁵ W. V. O. Quine, *Du point de vue logique. Neuf essais logico-philosophiques*, op. cit., p. 76.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 77.

⁶⁹⁸ Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », art. cit., p. 51.

l'une comme de l'autre peuvent être révisés, ce qui implique de multiples réajustements et accommodements, mais ne remet pas en cause les principes fondamentaux qui conduisent l'exercice de la science ou de la justice.

La philosophie et la théorie du droit de Dworkin ainsi que sa conception du jugement judiciaire sont donc sous-tendues par des perspectives philosophiques et plus particulièrement épistémologiques tout à fait solides – l'herméneutique de Dilthey, l'empirisme sans les dogmes de Quine – qui le font converger, parfois pour des raisons différentes, vers une position holiste. Juger en droit n'est pas une action particulière dans le monde, qui pourrait être isolée du reste de la vie sociale, morale, économique, politique, et historique. Le droit ne peut pas non plus être réduit à une pure analyticité sans perdre dans le même temps tout son sens. Cependant, une telle position théorique et pratique, tant sur le plan philosophique que juridique, en puisant ainsi à différentes sources, récolte également des critiques de tous bords. Dworkin les suscite d'autant plus que, comme nous l'avons montré, il refuse de se laisser enfermer dans un courant bien défini de la théorie du droit – jusnaturalisme, positivisme – ce qui lui attire les foudres des uns et des autres. En outre, il m le droit et philosophie, risquant par-là d'être trop philosophe pour les juristes, mais pas assez pour les philosophes, ou encore d'être trop juriste pour les philosophes et pas assez pour les juristes. Ajoutons enfin qu'il s'appuie souvent sur des exemples américains que les continentaux ont tôt fait de balayer d'un revers de main comme des tropismes qui leur sont parfaitement étrangers. Tout ceci permet sans peine de comprendre que l'œuvre de Dworkin, en même temps qu'unaniment reconnue comme incontournable, soit si violemment et si souvent la cible de critiques.

4. Des critiques virulentes

Dans ce dernier point consacré spécifiquement à Dworkin, il ne s'agit pas de recenser toutes les critiques que son travail concentre, mais de faire état de quelques-unes, qui permettent de bien saisir les enjeux philosophiques et politiques qui entrent en ligne de compte lorsqu'on s'attache à comprendre et à décrire le travail des juges⁶⁹⁹. Cela nous permet également de souligner que la position de Dworkin est solide et qu'il dispose d'arguments satisfaisants pour défendre les thèses que nous avons mises en avant et que nous partageons.

⁶⁹⁹ Dworkin répond lui-même très souvent, et longuement, aux différentes critiques qui lui sont faites. On peut lire par exemple l'annexe intitulée « Réponse aux critiques » à la fin de *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 413-511.

L'une des critiques les plus importantes porte sur le fait que le droit soit envisagé par Dworkin comme un concept interprétatif. Pour les positivistes, le fait qu'il y ait parfois à interpréter peut-être acceptable, à condition qu'il y ait des règles sémantiques claires permettant de distinguer les interprétations valides de celles qui ne le sont pas, ou que, dans le cas contraire, cela n'existe qu'à la frange du droit. Dans ces éventuels cas-limites, ils renvoient les décisions à la discrétion des juges. Or, Dworkin ne défend pas l'idée qu'il y ait interprétation seulement à la marge du droit : il affirme au contraire que tout est affaire d'interprétation dans le droit, que des interprétations différentes peuvent être faites, et ajoute qu'elles ne sont malgré tout pas l'affaire des préférences personnelles des juges.

« Les discussions qu'ont les juges et les juristes au sujet des propositions de droit dans les cas difficiles sont [...] des discussions-pivots, tests de principes fondamentaux, non pas des discussions-limites sur l'endroit où tracer une ligne reconnue comme arbitraire. Les discussions sur la bonne manière de lire une loi, par exemple, sont des discussions profondes qui reflètent les différents ensembles de présupposés sur ce qui fait qu'une proposition de droit tirée d'une loi est vraie, et pas seulement à la limite quand il n'est pas évident que la proposition soit vraie du tout, mais au "cœur" aussi, quand tout le monde est d'accord pour dire qu'elle est vraie mais en désaccord sur le pourquoi. »⁷⁰⁰

Si tel est bien le cas, nombre de juristes répondent alors que quelque chose comme le droit n'existe pas, car ce que l'on appellerait droit reposerait en réalité sur une multiplicité de perspectives et de visions différentes, voire irréconciliables. Dworkin est d'accord avec eux sur le constat, mais pas sur le diagnostic. Il constate, comme eux, que « le projet des théories sémantiques, le projet d'extraire des règles communément admises d'une étude minutieuse de ce que font et disent les juristes semble voué à l'échec » et se heurte à « l'existence indéniable d'un désaccord théorique ». Mais selon lui ce désaccord ne fait qu'attester qu'en réalité, de telles règles n'existent pas. Ceux qui en viennent soit à penser que le droit n'existe pas, soit à nier qu'il y ait de l'interprétation dans le droit au-delà des simples marges, sont victimes de la « piqûre du dard sémantique » qui « a fait un tel ravage dans la philosophie du droit »⁷⁰¹. Les victimes de ce poison souffrent en réalité d'une mauvaise conception du langage. Elles pensent que nous ne pouvons nous comprendre, lorsque nous discutons ensemble, que si nous sommes tombés au préalable d'accord sur les règles qui prévalent dans l'usage de chaque mot que nous employons, même si nous ne sommes pas capables de les exprimer clairement, ce qu'un philosophe pourrait, avec minutie, espérer éventuellement faire. Or, explique Dworkin, tous les mots de notre langage ne fonctionnent pas de manière identique. Certains mots, et le mot « droit » en fait justement partie, sont utilisés pour donner des interprétations concurrentes d'une même pratique sociale à la laquelle nous participons. Dans ce cas-là, « nos accords et nos désaccords ont un sens non

⁷⁰⁰ Ronald Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », *art. cit.*, p. 86.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 86.

pas parce que nous obéissons à des règles communes mais parce que nos interprétations concurrentes s'effectuent sur le même matériau »⁷⁰². Ainsi, les désaccords qui opposent les juristes sont des désaccords *interprétatifs* à propos d'une *même* réalité juridique. Ils s'affrontent sur la manière d'interpréter au mieux l'ensemble des décisions déjà prises dans des cas similaires, sur le poids qu'il faudrait donner, ou non, à des précédents, ou sur la manière dont une loi doit être entendue. Ces désaccords, ajoute-t-il, reflètent

« un désaccord plus profond sur la meilleure interprétation générale des pratiques judiciaires de leur communauté, donc un désaccord sur la manière de rendre compte de cette pratique qui la montre sous son meilleur jour, du point de vue de la morale politique. Les interprétations combattent au côté des parties à la barre. »⁷⁰³

Il n'est alors pas possible, selon Dworkin, de parvenir à l'établissement de règles fixes sur la manière dont les juristes utilisent tel ou tel élément du droit. Aucun philosophe du droit ne peut parvenir à exposer ces règles sémantiques communes – et pourtant, nombre d'entre eux, parfois illustres, s'y sont essayé – tout simplement parce qu'elles n'existent pas. On ne peut qu'élaborer des interprétations abstraites et générales sur le sens général de la pratique judiciaire, ses grands principes, sa structure, mais sans entrer dans ses détails particuliers. Ces derniers sont chaque fois interprétés et évalués à la lumière des grands principes et de la structure générale du droit, sans que cela puisse offrir une interprétation unique et univoque⁷⁰⁴. C'est ce qui fait dire à Dworkin que philosophie et pratique judiciaire sont étroitement liées, au point que la philosophie du droit soit considérée comme la partie générale du jugement judiciaire : à la philosophie du droit revient la discussion du fondement interprétatif des arguments juridiques, et, de manière symétrique, chaque argument juridique repose sur un certain fondement général et philosophique⁷⁰⁵.

Une seconde critique importante est adressée à Dworkin concernant les motivations qui gouvernent le choix par les juges de la meilleure décision possible, choix qui résulte lui-même de la meilleure interprétation possible de la pratique judiciaire propre au système juridique d'une communauté, en fonction de la morale politique de cette même communauté. Ce qui lui est globalement reproché – au-delà même du reproche de confondre droit et morale au point de faire du tribunal une simple incarnation de la morale traditionnelle – c'est de faire reposer sur un homme ou un petit groupe d'hommes un choix lourd de conséquences, de risquer de faire valoir les valeurs de

⁷⁰² *Ibid.*, p. 87.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 88.

⁷⁰⁴ La définition du droit comme concept interprétatif ouvre également le débat concernant ce qui permet ou pas de définir un système judiciaire, et notamment, pose la question de savoir si des systèmes judiciaires comme celui des nazis par exemple peut être considéré comme un système judiciaire à part entière. Pour en lire un état des lieux complet, voir par exemple Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, seconde édition, Oxford, Oxford University Press, 1980.

⁷⁰⁵ R. Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », *art. cit.*, p.88.

certaines plutôt que celles de tous, et de confondre les valeurs dominantes avec les valeurs communes. La réponse de Dworkin peut se résumer en deux points. Tout d'abord, rappelle-t-il, les juges sont confrontés à des cas où des interprétations différentes semblent possibles, où trancher est nécessaire et implique d'examiner des valeurs morales et politiques concurrentes. C'est un fait selon lui indépassable qui fait que le juge ne peut-être axiologiquement neutre, ce qui ne doit pas l'empêcher d'être impartial. Son impartialité tient au fait qu'il ne met pas en avant, dans sa décision finale, des valeurs morales et politiques qui lui sont propres, et qu'il ne cherche pas non plus à mettre en avant les valeurs propres à une communauté qu'il privilégierait au détriment d'une autre. En effet, écrit Dworkin, en parlant du juge Hercule,

« sa théorie identifie une conception particulière de la morale communautaire en tant que décisive pour les questions juridiques ; cette conception tient pour morale de la communauté la morale politique que présupposent les lois et les institutions de la communauté. Il doit, bien sûr, se fonder sur son propre jugement pour définir quels sont les principes de cette morale [...]. »⁷⁰⁶

Autrement dit, il n'ajoute pas de la morale – surtout pas individuelle – au droit, mais ne fait que mettre au jour les valeurs morales que défendent objectivement les lois et les institutions du système dans lequel il se situe pour identifier ce qui, dans un cas difficile, permet le mieux de respecter ces lois et ces institutions. Dworkin prend l'exemple de l'avortement⁷⁰⁷ et évoque le cas où constitutionnellement, le recours à l'avortement serait mis en question. Si dans l'examen de la constitution, des lois qui en découlent, des précédents et des décisions passées, il ne trouve aucun cas ou aucun élément qui n'aille pas en sa faveur, même si la morale communautaire est vent debout contre la pratique de l'avortement, le juge aura à statuer en sa faveur, car c'est en fonction de la morale immanente aux institutions judiciaires qu'il doit trancher et non en fonction de la morale populaire. Le juge fera apparaître alors qu'il existe bel et bien une incohérence dans la morale communautaire qui à la fois refuse l'avortement et en même temps le défend dans des institutions qu'elle reconnaît par ailleurs. Pour interpréter des cas ou des lois, le juge prend en compte les traditions morales « telles que celles-ci sont saisies dans toute la mémoire institutionnelle qu'il a pour rôle d'interpréter »⁷⁰⁸ et non pas telles qu'elles circulent dans telle partie de la communauté, ou telles qu'elles sont majoritaires au moment où il prend une décision.

Ainsi, imposer au juge d'être neutre au sens où son jugement ne s'engagerait dans aucun raisonnement mettant en balance des valeurs serait lui demander quelque chose d'absurde. Dworkin le formule d'une manière assez désopilante en disant la chose suivante : « Si on lui disait que son

⁷⁰⁶ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 208.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 204 et suivantes.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 207.

travail doit être neutre, il serait comme un homme au Pôle Nord auquel on ordonnerait d'aller dans n'importe quelle direction sauf vers le Sud »⁷⁰⁹. Par ailleurs, souligne Sheldon Leader dans l'un de ses articles sur Dworkin, si ses adversaires ont souvent tôt fait d'interpréter le raisonnement juridique comme étant principalement subjectif et discrétionnaire, c'est parce qu'en réalité, ils interprètent mal le raisonnement qu'opèrent effectivement les juges : ils inversent l'ordre de la relation entre les raisons d'une décision, qui fondent sa légitimité, et cette décision elle-même.

« Ils prétendent qu'une décision doit être considérée comme juste ou acceptable simplement du fait que le juge pense qu'elle l'est. Mais c'est présenter de façon erronée la manière selon laquelle le juge envisage lui-même la chose et la manière selon laquelle quelqu'un regardant le juge prendre sa décision, et évaluant celle-ci, pense également le problème auquel est confronté le juge. Le juge ne dit pas lui-même que sa décision sera correcte simplement parce qu'il la pensera telle. Il envisage les raisons pour et les raisons contre sa décision et choisit selon ce qu'il estime être les meilleures raisons. Sa position est : "X est la bonne solution, *en conséquence* je la choisis". Pour le sceptique, cette position serait : "X est la bonne solution *parce que* je la choisis". »⁷¹⁰

Le deuxième versant de la réponse de Dworkin repose sur la question de savoir à qui incombe la responsabilité de devoir trancher à propos de nos valeurs morales et politiques, lorsqu'elles sont impliquées dans un jugement difficile. N'oublions pas que pour Dworkin, c'est un fait que des implications morales et politiques soient engagées dans nos jugements et soient parfois au cœur de la concurrence entre deux interprétations judiciaires. Il souligne que, de la même façon qu'on reprochera à un juge de rendre ses décisions en fonction de ses préjugés, on pourra tout autant lui reprocher une forme de passivité qui consisterait à ne pas prendre en compte les implications morales et politiques de ses jugements. Le juge est donc face à un raisonnement épineux : il doit, autant que possible, mettre de côté ses propres préjugés ; il doit également faire en sorte de bien distinguer la morale institutionnelle de la morale communautaire en se gardant bien d'essayer d'imaginer ce que serait le jugement populaire ; il doit enfin se forger une théorie du ou des concepts moraux qui entrent en ligne de compte dans la situation qu'il juge, en se fondant sur la manière dont ce ou ces concepts sont mis en œuvre présentement dans l'institution et dans l'histoire de cette institution. Il se pourra qu'un juge se trompe dans la lente et difficile élaboration de ce raisonnement. Mais, demande Dworkin, sous prétexte que les juges peuvent parfois se tromper, faut-il alors leur interdire d'essayer de mener à bien ce type de raisonnement ? Il s'agirait d'un argument pervers qui consisterait à dire que, parce qu'il

⁷⁰⁹ Ronald Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », *art. cit.*, p. 88.

⁷¹⁰ Sheldon Leader, « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin », in *Droit et société*, n°2, 1986. Notons que cette formulation de S. Leader fait immanquablement penser au dilemme formulé par Socrate à destination d'Euthyphron dans le dialogue du même nom : « est-ce que le pieux est aimé par les dieux parce qu'il est pieux, ou est-ce parce qu'il est aimé d'eux qu'il est pieux ? » (Platon, *Euthyphron*, trad. Louis-André Dorion, Paris, GF Flammarion, 1997, 10a, p. 269). On pourrait ainsi le reformuler : est-ce que X est la solution que je choisis parce que X est une bonne solution, ou est-ce parce que je choisis X que X est la bonne solution ?

leur arrive de rendre des décisions injustes, ou qui ne sont pas les plus justes possibles, ils ne devraient plus essayer d'en prendre des justes. Il y aurait, avancent certains, la possibilité pour les juges de s'en remettre à quelqu'un d'autre pour trancher des situations particulièrement difficiles. Mais Dworkin s'insurge : à qui le demander ? Il n'existe selon lui aucune raison particulière de faire confiance à un autre groupe d'hommes que les juges pour démêler ces questions. Si on le pense, c'est qu'il nous faut sérieusement revoir notre processus de sélection et de formation de la magistrature. Ainsi, conclut-il, on peut être sceptique quant à la possibilité pour les juges de rendre des décisions toujours justes, surtout dans les cas difficiles, mais cela ne remet pas en cause le fait que leurs techniques de raisonnement intègrent de fait des arguments et des concepts moraux et politiques selon les bornes qu'indique Dworkin, et qui plus est, qu'ils aient à les intégrer pour espérer être le plus juste possible. Cette persistance d'une forme d'incertitude quant à la qualité des décisions prises est même bienfaitrice puisqu'elle peut servir « de rappel utile à tout juge qu'il pourrait bien se tromper dans ses jugements politiques et qu'il devrait, par conséquent, statuer sur les cas difficiles avec humilité »⁷¹¹.

Enfin, l'accusation principale qui est adressée à Dworkin, c'est celle, au fond, de dissimuler une forme d'idéologie, de choix prescriptif derrière un assemblage théorique complexe pseudo-descriptif, et qui s'exempterait même d'une recherche sérieuse de la vérité. Cette critique est formulée notamment par Michel Troper⁷¹². Pour M. Troper, la vérité est généralement conçue comme « une propriété objective des propositions qui interdit à tout homme raisonnable de les nier de bonne foi », et précise que cette conception est « celle qui fonde non seulement l'attitude positiviste, mais toute attitude scientifique »⁷¹³. Dworkin, bien entendu, ne peut souscrire à une telle conception : les propositions de droit, ainsi qu'il les appelle, sont toujours sujettes à controverses interprétatives, et celles qu'il qualifie comme vraies sont celles qui constituent la meilleure lecture ou justification de la pratique judiciaire existante. M. Troper ajoute que chez Dworkin, justifier une décision c'est faire appel non pas simplement à des règles, mais aussi à des principes qui ne sont pas clairement fixés et formulés. Or, ces principes peuvent être contradictoires, ce qui contraint Dworkin à imaginer le mythe du juge Hercule et tout l'attirail de ses techniques de jugement pour masquer le fait qu'en dernière instance, il s'agit d'un choix subjectif opéré par le juge, aussi philosophe et héroïque soit-il. Enfin, M. Troper achève sa critique en faisant mine de s'étonner des recours de Dworkin aux exemples et aux métaphores littéraires, et conclut que le juge tel qu'il est pensé par Dworkin, ne fait que décider en vertu de jugements esthétiques et moraux. L'attaque est violente : premièrement, si l'on reprend l'argumentation dans l'ordre, Dworkin ne peut prétendre à aucune forme de scientificité et, si l'on en

⁷¹¹ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 213.

⁷¹² Michel Troper, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », in *Droit et société*, n°2, 1986.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 50.

croit M. Troper, la plupart des sciences humaines se voient destituées de ce domaine ; deuxièmement, Dworkin ment et opère un tour de passe-passe en inventant le mythe du juge Hercule ; troisièmement, Dworkin fait de la littérature, de l'esthétique, de la morale, mais pas de la théorie du droit sérieuse. Voilà qui est bien sévère, et qui résonne étrangement avec la présentation plutôt dithyrambique qu'en fait le même M. Troper dans sa présentation du double numéro de *Droit et Société* consacré à Dworkin. On a déjà montré comment Dworkin et son lecteur minutieux pouvaient répondre à l'accusation de moraline⁷¹⁴ et d'esthétisation à outrance. Restent deux reproches : la non-scientificité qui va de pair avec la dissimulation d'une idéologie derrière un paravent théorique descriptif.

Concernant le premier, on peut répondre que la conception de la vérité à laquelle fait référence M. Troper est étriquée, et n'est pas la seule envisageable. D'autres auteurs tels que Quine, ou avant lui, Austin, préfèrent avancer des thèses holistes et cohérentistes, et affirment que la vérité n'est pas une simple question de rapport réductionniste qui établirait une correspondance terme à terme entre les énoncés et les choses, mais plutôt une relation de cohérence entre des énoncés et d'autres énoncés ou des faits du monde, voire, dans le cas de Quine, une relation de correspondance entre la science prise dans sa globalité et le monde. Or, nous avons pu voir que les conceptions du langage, de la vérité et du monde de Dworkin doivent beaucoup à la philosophie de Quine, et en particulier à sa position holiste en épistémologie et concernant la théorie de la signification. De la même manière que, pour Quine, tout énoncé scientifique est susceptible d'être, un jour ou l'autre, révisé, pour Dworkin, toute proposition juridique peut un jour ou l'autre être réinterprétée à nouveaux frais et donner lieu à une décision judiciaire inédite quoique néanmoins justifiable dans les termes mêmes du droit dont elle est issue.

Concernant le second reproche, qu'il nous faut préciser, M. Troper formule les choses ainsi : Dworkin développe une philosophie du droit qui au fond est une idéologie, ce qui en soi, précise-t-il, n'est pas une critique puisque Dworkin ne semble pas à sa connaissance avoir jamais émis le souhait de faire œuvre scientifique – on retrouve là une définition sans partage de la science, de laquelle la philosophie semble majoritairement exclue. En affirmant que sa philosophie du droit fournit les fondements de l'interprétation de la pratique judiciaire existante, il affirmerait par là même que sa doctrine justifierait les pratiques par lesquelles les juges tranchent des litiges délicats en se référant à des principes et non en créant du droit. Or écrit M. Troper, non seulement on peut douter que de telles

⁷¹⁴ Voir par exemple l'article de Wanda Mastor, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin. La force d'Hercule et le talon d'Achille », in *Le droit saisi par la morale*, dir. J. Krynen, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Les travaux de l'IFR, « Mutations des Normes Juridiques n°4 », 2005. En ligne : <https://books.openedition.org/putc/1711> (consulté le 19/04/2021) : « La théorie de Dworkin est résolument une théorie optimiste. Non sans rappeler le monde platonicien, l'univers de Dworkin est ainsi fait de bons principes, découverts par de bons juges, au sein d'un bon système ».

pratiques existent, mais quand bien même elles existeraient bel et bien, « il ne serait pas nécessaire d'en donner une justification aussi élaborée, il suffirait de les décrire »⁷¹⁵. Si l'on résume son propos, les juges mentent : ils « créent réellement du droit, et, qui plus est, du droit rétroactif » et « dissimulent cette création en affirmant qu'ils se bornent, par l'interprétation, à découvrir la volonté *cachée* du législateur ou les principes fondamentaux qui préexistent à leurs décisions »⁷¹⁶. Les juges en prennent donc pour leur grade. À son tour, Dworkin se laisse prendre au piège, et justifie de manière méta-théorique ce discours des juges en inventant Hercule et ses techniques de raisonnement. Là encore la critique est sévère, et peu vérifiable : comment savoir quelles sont les intentions de Dworkin ? Doit-on rompre le pacte de lecture initial proposé par Dworkin dans les ouvrages tels que *Prendre les droits au sérieux* ou *L'empire du droit*, et supposer qu'il ment lorsqu'il affirme qu'ils ont pour but de décrire et mettre à nu ce que font effectivement les juges, et que le rôle du philosophe et du théoricien du droit est d'en rendre compte dans sa complexité, en ne mettant pas sous le tapis les dimensions morales et politiques qui traversent pourtant le tout du droit ?

Pour M. Troper oui. On peut relier sa sévérité à l'égard du projet de Dworkin à sa position philosophique dans le champ de la théorie du droit. Il se décrit sans détour comme un juriste positiviste⁷¹⁷ et défend une théorie réaliste de l'interprétation en droit. Une telle théorie affirme que l'instance ultime qui décide d'un cas – celle qui ne peut être cassée par aucune autre instance supérieure – et entérine une interprétation par rapport à d'autres concurrente est créatrice : elle devient par là-même auteur d'une nouvelle norme, d'un nouvel usage d'une règle par exemple. Ainsi les juges sont amenés selon lui à créer du droit et ne font pas qu'interpréter et découvrir un droit existant. Par ailleurs, M. Troper affirme clairement qu'une théorie positiviste du droit n'a pas à justifier des valeurs ou des pratiques : elle doit s'en tenir à une pure description de ces dernières. Autrement dit, il y a par principe, par choix philosophique fondamental, une incompréhension et une incompatibilité entre ces auteurs. Le fossé est indépassable entre les deux : Dworkin, avec ses accents jusnaturalistes, accepte de discuter philosophiquement et juridiquement sur nos valeurs, M. Troper non. C'est donc sa position réaliste en termes de morale qui rend le débat impossible. Pour les positivistes, la porosité du droit à la morale n'est pas envisageable et celui qui l'envisage ne peut être entendu comme faisant œuvre de science. Ainsi Dworkin est-il ramené immanquablement à cette incapacité et ses commentateurs rappellent souvent que le lecteur doit s'armer d'un regard très critique pour le lire car sa pensée

⁷¹⁵ Michel Troper, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *art. cit.*, p. 52.

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ Michel Troper, *La philosophie du droit*, 3^e édition, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2011.

« s'apparente plus à un programme politique libéral qu'à une œuvre de philosophie du droit »⁷¹⁸.

Il semble bien qu'on soit ici face à des traditions de pensée qui peinent à se réconcilier. Positivistes et jusnaturalistes achoppent toujours sur les mêmes écueils, que nous avons rencontrés plusieurs fois. Ils se lisent et se discutent, certes, mais ont souvent tendance à réduire les positions des uns et des autres à des caricatures qui rendent difficiles l'établissement de points d'accord⁷¹⁹. Dworkin se distingue par sa position intermédiaire, et comme telle souvent inconfortable : ni purement positiviste, ni purement jusnaturaliste. Il offre, avec tous les questionnements qu'il suscite dans le même temps, et qu'il ne s'agit pas de nier, une tentative pour relier des traditions concurrentes. En outre, il fournit une véritable tentative de compréhension du travail réel du juge, une plongée dans son raisonnement et dans la complexité des éléments, juridiques et moins juridiques, qu'il a à manier, équilibrer et trancher, qui satisfait bien des réquisits formulés en d'autres temps par les réalistes américains, quoique d'une manière qui leur est assez étrangère. Sans sombrer dans une naturalisation morale et (ou) politique du droit, il réinstalle le droit et sa théorie dans ses liens bien réels et vivants avec le monde social, moral, politique et économique qui l'entoure, en lui restituant l'épaisseur de l'histoire. Enfin, à nous, philosophes, il offre une place de choix, et nous enjoint de poursuivre une réflexion générale sur les concepts à l'œuvre dans le droit, qu'il considère comme étant de la première utilité pour les juristes, puisqu'elle se pense comme une philosophie du droit en tant qu'il est une pratique. À son exemple – rappelons le double cursus de Dworkin –, cette réflexion doit être nourrie par l'étude de la doctrine juridique, des textes issus de l'activité judiciaire, et d'une certaine connaissance du droit : autrement dit, de même que tout épistémologue a intérêt à connaître les travaux scientifiques du champ qu'il étudie, la réflexion philosophique sur le droit requiert du philosophe de s'être *a minima* formé lui aussi sur ces questions, en ne se bornant pas à des lectures philosophiques de seconde main.

Dworkin mérite donc toute notre attention et il importe de ne pas le lire avec des lunettes trop étroites, qui le cantonnent à une position de penseur libéral de gauche bien-pensant. Reconnaissons-lui plutôt le courage d'avoir essayé de tenir scientifiquement ensemble le droit, la morale et la politique, et d'avoir tenté – et à nos yeux réussi, même si c'est à continuer – de faire la théorie du travail interprétatif judiciaire conçu dans cette complexité.

⁷¹⁸ Wanda Mastor, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin. La force d'Hercule et le talon d'Achille », *art. cit.*

⁷¹⁹ Voir sur ce point en particulier l'introduction de l'ouvrage de Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut, Michel Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993.

III. La tentation numérique

La voie dworkinienne implique de faire confiance aux juges et à l'institution judiciaire en général, car ces derniers ne travaillent jamais seuls : leur tâche est difficile et l'erreur parfois possible. Elle exige également d'accepter que les valeurs, notamment politiques et morales, auxquelles ne manquent pas de faire écho nombre d'éléments de la sphère juridique, aient droit de cité dans leurs raisonnements, ce qui vient encore compliquer leur tâche et renforcer la possibilité d'incertitude et d'erreur. Autrement dit, plus il y aurait matière à interprétation, plus il y aurait matière à confusion, de sorte qu'il faudrait faire disparaître l'interprétation. C'est ainsi que la justice digitalisée dont nous avons exposé les grandes lignes et les grands principes s'offre comme une alternative au moins aussi séduisante à celle de Dworkin : plutôt que de prendre à bras le corps la part morale, politique et affective du droit qui semblait, jusqu'à nos jours, irréductible, et qui est impliquée nécessairement par la personne du juge, il s'agirait de neutraliser, voire d'éradiquer cette dimension. Numériser l'ensemble des données de justice et se tourner vers certains nouveaux outils, notamment prédictifs, permettrait une meilleure connaissance de la pratique judiciaire et des critères qui y président. Cela garantirait une plus grande transparence de l'office du juge, qui reste bien mystérieux pour le profane et par conséquent, cela poserait les bases d'une meilleure harmonisation des décisions judiciaires, d'abord au niveau local, celui du juge, puis de la juridiction, et ensuite de manière plus large, sur le territoire national. La justice serait ainsi mieux rendue et plus égale, de sorte que le citoyen pourrait lui redonner pleinement sa confiance. Nous aurions, tous – justice, professionnels de la justice, justiciables – tout à y gagner.

Toutefois, ces nouvelles technologies qui s'introduisent dans le domaine de la justice posent question et inquiètent quant aux développements futurs auxquels elles pourraient donner lieu. Elles attisent les projections science-fictionnelles, qui, si elles sont bien fantasmagiques, n'en indiquent pas moins des risques. Voici un récit, purement inventé, de ce que pourrait devenir une justice intégralement numérique. Est-il possible de se réveiller en 2050 dans un monde semblable ? Est-ce un futur désirable ?

« Igor était seul dans la cellule bétonnée. Devant lui, l'écran venait de s'éteindre. Il ne lui restait que quelques minutes à patienter avant de connaître sa situation judiciaire définitive. Il était dans cet état intermédiaire qui était intitulé par la procédure pénale "Présomption d'innocence provisoire". À quelques kilomètres de là, derrière un second écran qui venait de s'éteindre, un avocat expliquait à son stagiaire : « Dans quelques instants, nous aurons l'audience dite "Approbation de décision". Dans le temps, nous devons plaider devant un juge dans une salle d'audience, expliquer la vie et la personnalité de notre client et vérifier les règles juridiques applicables... C'était vraiment l'âge obscur de la justice. Aujourd'hui, on vérifie que les algorithmes fonctionnent

correctement. Mon logiciel Edefense-client va étudier la fiche informatisée pénale de mon client remplie par la police. On compare le résultat avec celui de la décision obtenue avec le logiciel All-Justice du ministère de la Justice : en cas de différence, on prend contact avec un magistrat pour discuter de l'affaire. Sinon, on valide le traitement automatisé et notre client reçoit directement la notification de la décision sur son écran. On n'est mis en relation que s'il désire faire appel. » Le stagiaire prenait des notes consciencieusement. « Le client a volé parce qu'il avait faim. C'est noté dans le dossier de procédure pénale, mais l'intention n'a pas été reprise dans la fiche informatisée pénale : c'est un vice de procédure, non ? » L'avocat se tourna vers le stagiaire et éclata de rire. « Si ça pouvait avoir une influence sur la décision finale, on devrait le signaler. Que tu coches ou non la case «État de nécessité», dans tous les cas, regarde, la décision reste la même. Ce n'est donc pas une erreur de procédure. Ça ne justifie absolument pas de saisir le juge pour une brouille pareille... La faim ne caractérise pas un état de nécessité. Regarde les statistiques des décisions en la matière. » Un graphique apparut indiquant des taux de 0 % pour les infractions de “vol” où étaient indiqués “moyens de défense” : “état de nécessité” (faim, chantage, pression d'un tiers), “chose sans maître”, “autres moyens : vente de la chose d'autrui (complicité de recel), nullité du contrat de vente, échange (défaut de preuve), donation (défaut de preuve), paiement en espèces (défaut de preuve)”. »⁷²⁰

Voilà le spectre d'une justice dématérialisée, qui ne nécessiterait presque plus de faire appel à l'intervention d'un juge humain. Il s'agirait d'une justice instantanée, où le rôle des professionnels du droit se borne à une vérification des algorithmes de décision, et où l'espace juridictionnel matériel disparaît. Si personne n'en formule le souhait, il s'agit d'une angoisse diffuse, de la possibilité d'un développement qui nous échapperait.

De manière moins futuriste, la communauté des juristes se questionne quant à la virtualisation de la justice, la dématérialisation de certaines de ses procédures, l'introduction d'algorithmes et de traitement de données sensibles. Comme le souligne Sylvie Lebreton-Derrien ces interrogations ne sont pas exclusives du droit. D'autres pans de la société les rencontrent. Ainsi écrit-elle,

« la justice prédictive s'inscrit dans le thème très général de l'utilisation des algorithmes appliquée à des domaines sensibles, encore très institutionnalisés et humanisés comme la police, la médecine et, en l'occurrence, la justice. Les questionnements sont souvent vertigineux, surtout lorsque l'on envisage les potentialités d'une justice prédictive non plus quantitative, mais cognitive ; ils témoignent d'un possible bouleversement de la conception humaniste de la justice et du droit, le numérique s'apparentant à un nouveau droit naturel interne au monde [...]. »⁷²¹

⁷²⁰ Romain Boucq, annexe 2, in Loïc Cadet, *L'open data des décisions de justice, Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, rapport sous l'autorité du Ministère de la Justice, novembre 2017, p. 157. En ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf.

⁷²¹ Sylvie Lebreton-Derrien, « La justice prédictive. Introduction à une justice « simplement » virtuelle », in *Archives de philosophie du droit*, vol. 60, n°1, 2018, p. 6. En ligne : <https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2018-1-page-3.htm> (consulté le 15/02/23). Ce texte est un prolongement de l'introduction au colloque La justice prédictive. Risques et avenir d'une justice virtuelle, co-organisé par la Faculté de droit – Antenne de Laval (Le Mans Université) et le Barreau de Laval avec le soutien de la Cour d'appel d'Angers, dans le cadre du Salon international des nouvelles technologies et des usages du virtuel, le *Laval virtual*, le 6 avril 2018.

Cependant, cela pose des problèmes spécifiques dans le droit, et en particulier pour la décision judiciaire. Elle souligne principalement deux risques, en introduction au colloque d'avril 2018, consacré à « La justice prédictive. Risques et avenir d'une justice virtuelle ». Le premier est celui d'une justice qui devienne prescriptive, c'est-à-dire qu'elle aurait pour effet de normer très fortement les pratiques judiciaires et empêcherait que les juges aient recours à leur propre expérience et intuition des situations. Les décisions des juges s'aligneraient mécaniquement les unes sur les autres : « devenant son propre censeur par culpabilité ou par peur de ne pas être dans la norme, l'utilisateur de la justice prédictive se retrouverait alors dans ce que d'aucuns appellent l'enfermement algorithmique ou la bulle informationnelle filtrante »⁷²². Elle fait écho ici à un rapport de la CNIL⁷²³ et au concept de « bulle filtrante » de Eli Pariser⁷²⁴. Le second concerne davantage les usagers du droit et le fait qu'ils pourraient plus souvent renoncer à recourir à une procédure de justice, pour éviter des frais de justice importants. Elle donne l'exemple des compagnies d'assurances qui fournissent des services de protection juridique qui consistent en une prise en charge des frais de procédure de leurs assurés et remarque qu'elles ont été parmi les premières à s'intéresser et à se saisir des outils de justice prédictive. Dans ce cadre ajoute-t-elle, « on comprend qu'une telle prise en charge des frais contentieux puisse inciter, sur un plan économique notamment, à conseiller l'évitement du procès »⁷²⁵. Le risque d'une justice monotone et d'un recours moindre à cette dernière, voilà en résumé ce que l'on pourrait reprocher au tournant numérique dans la justice, mais qui, moyennant une prise de conscience de ces biais et quelques adaptations ou encadrements, pourrait être facilement surmonté.

De manière générale, pour le moment, les projets et les entreprises qui entendent traiter les affaires de justice de manière numérique s'en tiennent à des régions plutôt restreintes du droit – toutes les affaires relevant du droit pénal en sont exceptées par exemple – et à certains types de décisions, plutôt simples. En outre, les freins technologiques sont encore légion et les entreprises proposant des outils de justice à visée exclusivement prédictive constituent une part assez mince de celles qui se lancent dans le traitement de données judiciaires. Voici le rapide état des lieux que proposent Frédéric Lebaron et Tom Balteau concernant la diffusion de la *legaltech* en France au printemps 2019 :

« On dispose aujourd'hui d'informations globales encore limitées sur le paysage français en la matière, qui est en plus rapidement évolutif. Selon l'Observatoire de la *legaltech* et des start-up du droit mis en place en 2018, 150 structures environ étaient recensées début

⁷²² *Ibid.*, p. 11.

⁷²³ *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, novembre 2017, p. 34 et suivantes. En ligne : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf (consulté le 15/02/23).

⁷²⁴ Eli Pariser, *The Filter Bubble : What the Internet Is Hiding from You*, New York, Penguin Press, 2011.

⁷²⁵ Sylvie Lebreton-Derrien, « La justice prédictive. Introduction à une justice « simplement » virtuelle », *art. cit.*, p. 13.

avril 2019, dont 70% sont des start-up et 16% des structures issues de professionnels du droit ou d'étudiants. Le marché le plus fréquemment cité pour les entreprises de legaltech recensées est celui des avocats (63%), devant les entreprises en général (61%) et les services juridiques des entreprises ou collectivités. Au sein de cet univers déjà relativement restreint, [seuls] 3% des entreprises recensées par l'Observatoire se revendiquent en effet de la « justice prédictive », alors que 13% évoquent l'IA et 6% le Machine Learning (autant dire bien peu, dans tous les cas, par rapport à l'ensemble du secteur de la legaltech). »⁷²⁶

Toutefois, il n'en reste pas moins que la numérisation des données de justice est en cours, que l'*open data* judiciaire est désormais un fait et non plus un simple projet, ce qui entraîne des bouleversements majeurs dans la pratique judiciaire, que l'on se place du côté des usagers ou de celui des professionnels de la justice. Ce qui ne va pas sans susciter un certain nombre d'interrogations : que gagne-t-on à numériser tout ou partie de la justice et à développer une justice prédictive ? Est-ce seulement possible ? Quels en sont les éventuels dangers ? Que numérise-t-on vraiment et quelles modifications l'écriture numérique du droit entraîne-t-elle quant à la manière de rendre justice, quant au sens des décisions prises pour les justiciables et quant à leur expérience vécue ? Quel rôle attribue-t-on alors aux magistrats ? Seront-ils secondés par la technique ou auront-ils à la contrôler ? Quelle demande émane des magistrats quant au développement de ces nouveaux outils numériques, et qu'en est-il du côté des justiciables ? Peut-on imaginer une forme de justice à deux vitesses, l'une instantanée et immédiate, numérique, et une seconde qui n'interviendrait qu'en cas de problème, pour des cas particuliers, difficiles, que l'on ne pourrait déléguer aux procédures numériques ? Peut-on défendre une complémentarité entre justice numérique et justice humaine à l'image de la complémentarité qui existe entre les deux systèmes constituant notre pensée selon Kahneman⁷²⁷ ?

⁷²⁶ Lémy Godefroy, Frédéric Lebaron, Jacques Lévy-Vehel, « Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser », rapport de La Mission de recherche Droit et Justice, p. 117. En ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/comment-le-numerique-transforme-le-droit-et-la-justice-par-de-nouveaux-usages-et-un-bouleversement-de-la-prise-de-decision-anticiper-les-evolutions-pour-les-accompagner-et-les-maitriser/>, consulté le 20/07/22). Le lien vers l'observatoire cité existe toujours et la situation deux ans plus tard est assez semblable, si ce n'est que les entreprises en général (65%) et les services juridiques des entreprises et collectivités sont légèrement passés devant les avocats (55%) en termes de marché visé par les *legaltech*. Voir en ligne : <https://www.village-justice.com/articles/Les-start-up-droit,18224.html> (consulté le 20/07/21).

⁷²⁷ Daniel Kahneman, *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, trad. Raymond Clarinard, Paris, Flammarion, 2012. Dans cet ouvrage, il défend la thèse selon laquelle la pensée humaine s'effectuerait selon deux systèmes. Le système 1 est décrit comme intuitif, rapide, et fonctionne quasiment de manière automatique. Il permet de répondre à nombre de situations de la vie courante. En un coup d'œil et sans y réfléchir, nous comprenons par exemple que notre interlocuteur est en colère à l'expression de son visage. Le système 2, plus analytique, demande du temps et de la concentration, et entre en jeu lorsque le système 1 n'offre pas de réponse ou en offre une qui crée un effet de distorsion, ou encore lorsque la situation rencontrée est en rupture avec le modèle du monde géré par le système 1. Dans la perspective d'une répartition des tâches dans le domaine de la justice, la réponse quasi immédiate fournie par les outils numériques correspondrait au système 1 de notre pensée, mais la dépasserait par sa rapidité et la quantité d'informations qui pourraient être traitées. Les juges humains constitueraient le système 2 et interviendraient lorsque la réponse numérique ne serait pas satisfaisante ou impossible. Il resterait bien entendu à connecter ces deux systèmes, humain et numérique, à penser des instances de contrôles réguliers, et des voies de recours, puisque la différence avec ce que décrit Kahneman, c'est qu'ici,

L'objectif est ici de produire un état des lieux de ce qui se passe et surtout de ce qui se joue dans cette révolution numérique appliquée au monde de la justice. La littérature sur ce domaine en construction émane en grande partie des acteurs mêmes de cette révolution, et est en conséquence empreinte d'une dimension partisane. Les débats et la réflexion oscillent d'un extrême à l'autre, entre déni, fantasmes et critiques en miroir. Il semble nécessaire de dépassionner, contextualiser et analyser les propos qui sont échangés. Car, suivant que l'on lise un rapport issu d'une commande de l'État, qui est un acteur engagé dans l'élaboration d'une justice numérique, que l'on consulte le site d'une *start up* de *legaltech*, ou que l'on s'intéresse à des ouvrages ou articles plus théoriques, souvent philosophiques, sur les attendus et conséquences d'un tel bouleversement de la justice, on passe d'un éloge sans borne à une critique sans limite, lors même que les projets et les objets en question n'ont parfois pas grand-chose en commun. En effet, entre un algorithme d'aide à la prise de décision judiciaire, surtout centré sur le chiffrage de pensions ou de montants de dommages et un algorithme qui prendrait une décision *via* une plateforme de justice sans réels professionnels aux commandes, il n'y a plus rien de commensurable. Il en va de même lorsque l'on discute de la manière de traiter les données de justice : le fossé se creuse entre ceux qui s'inquiètent de ce qui peut être ou non considéré comme une donnée à traiter et des réutilisations qui peuvent en être faites, et ceux qui considèrent que les données de justice sont des données comme les autres qui doivent être indifféremment numérisées et à terme, traitées uniquement numériquement.

Il nous semble qu'un travail philosophique essentiel de clarification des projets, des finalités, et des acteurs de ce débat sur la justice doit être conduit et poursuivi dans les années à venir. Les accusations mettant en cause les intérêts des uns et des autres sont assez fréquentes et d'autant plus gênantes que les intérêts en présence, notamment les enjeux économiques colossaux qui en découlent, sont évoqués de manière très feutrée. Il ne s'agit pas de condamner par principe tout projet de numérisation de la justice (ou toute intervention du numérique dans ce domaine) – ce qui serait bien vain puisqu'il est engagé –, mais de distinguer différents projets, servant différentes finalités, qui ne sont pas tous également raisonnables et souhaitables. Il s'agit aussi d'en peser l'utilité, l'efficacité et de faire la balance entre les bénéfices et les risques. La précision est importante car les critiques, les réserves ou les soupçons quant à l'investissement de la justice dans l'outil numérique sont facilement renvoyés à une forme de conservatisme et d'anti-progressisme, voire à un rejet irrationnel de toute technologie.

on n'aurait pas affaire à un seul et même esprit qui pense et qui est simultanément au courant de l'échec de son système de pensée ou des problèmes qu'il rencontre et qu'il doit résoudre par d'autres voies.

On peut en revanche, sans difficulté, refuser catégoriquement que la justice soit à long terme, tout ou partie, le fait d'opérations numériques, ou que le projet poursuivi à long terme soit celui-là. Il s'agit ici d'interroger non pas le fantasme effrayant d'une justice déshumanisée, mais le projet bien réel, et parfois précipité, d'ouverture, de traitement et de réutilisation des données de la justice tel qu'il est pensé initialement par la loi de 2016 pour une République numérique⁷²⁸.

1. Les algorithmes : au service ou à la place du juge ?

Lorsque l'on parle de l'utilisation d'algorithmes dans le monde de la justice, cela peut recouvrir plusieurs techniques différentes. Pour le rappeler brièvement, il en existe trois sortes : des algorithmes fondés uniquement sur des calculs statistiques, des algorithmes fondés sur des modélisations à partir de calculs statistiques, et des systèmes experts, fondés eux sur des techniques d'intelligence artificielle cherchant à reproduire des raisonnements humains⁷²⁹. Les premiers nécessitent d'être appliqués à un très grand nombre de décisions pour pouvoir être efficaces et n'ont en réalité pas de pouvoir prédictif : ils s'exercent uniquement sur des décisions passées, au sein desquelles ils peuvent repérer des régularités, des corrélations, dont certaines peuvent n'avoir aucune espèce de sens⁷³⁰. Les seconds permettent une analyse bien plus fine des décisions, et reposent sur des algorithmes apprenants, c'est-à-dire des algorithmes qui s'affinent, se corrigent et se perfectionnent à mesure qu'ils incorporent de nouvelles données. Les deux premiers sont désignés sous l'expression de MAAD, Modes Algorithmiques d'Analyse des Décisions. Ils se distinguent des

⁷²⁸ La Loi pour une République numérique est modifiée par le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives qui applique les dispositions de l'article 33 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Ce décret est accessible par le lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042055251> (consulté le 21/07/21). A l'heure où nous écrivons, la diffusion des décisions en *open data* n'est pas totalement faite, et demeure tributaire des systèmes techniques en construction qui doivent permettre non seulement la mise à disposition pour le public de ces décisions mais aussi et surtout, au préalable, les procédures d'anonymisation, de pseudonymisation, voire d'occultation nécessaires pour protéger la vie privée des individus. La diffusion des décisions de la cour de cassation a commencé en septembre 2021 et celle des décisions des cours d'appel en avril 2022. Dans les deux cas, ce sont les décisions postérieures à ces dates qui sont offertes au public.

⁷²⁹ Pour une description précise de ces techniques, nous renvoyons au rapport de Lémy Godefroy, Frédéric Lebaron, Jacques Lévy-Vehel, « Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser », *art. cit.*, p. 7-42.

⁷³⁰ Voir sur ce point l'exemple qui ne manque pas d'humour de Jacques Lévy-Vehel, *ibid.*, p. 12 : « un troisième problème avec une approche purement statistique est qu'elle peut mettre à jour et s'appuyer sur des corrélations qui n'ont aucune pertinence. Comme on le sait, corrélation n'est pas causalité, et deux facteurs corrélés peuvent l'être sans entretenir la moindre relation, soit parce qu'ils sont tous deux les conséquences d'un facteur commun, soit tout simplement par le fait du hasard : ceci est illustré par la figure ci-dessous, sur laquelle on observe une corrélation presque parfaite entre taux de divorce dans l'État américain du Maine et consommation de margarine par habitant dans le monde, entre 2000 et 2009 ».

systèmes experts qui cherchent à reproduire les raisonnements judiciaires, en se fondant sur des techniques de numérisation des critères légaux effectivement utilisés par les juges. Ces derniers ne sont toutefois pas performants – au moins pour le moment – et leurs solutions diffèrent beaucoup de celles proposées en réalité par les juges. Ces systèmes se heurtent au fait que de nombreux critères entrant dans les raisonnements judiciaires et surtout, la manière dont ils sont réellement pondérés ne sont pas explicites et matériellement quantifiables, de sorte qu’ils ne peuvent être mathématiquement traités. Il reste ainsi une part de mystère quant à la manière dont les « *inputs* » du raisonnement judiciaire sont transformés en une décision effective.

Dans tous les cas – simples MAAD ou systèmes experts de reproduction du raisonnement judiciaire – comme le précisent d’emblée les auteurs du rapport de la mission de recherche Droit et Justice, qui dresse un panorama détaillé de ces nouvelles techniques, de leurs effets et de leurs potentielles utilisations, le but n’est aucunement de faire en sorte que la machine ou le logiciel dise le droit à la place du professionnel du droit. D’après eux, ces techniques ne visent pas à énoncer des prédictions au sens strict. Elles cherchent plutôt « à “enseigner” à la machine des règles dont on espère que l’application automatique produira des résultats proches de ceux observés dans la réalité. Autrement dit, on construit des “juges machines”, qui sont censés prendre des décisions qui “ressemblent” à celle prises par des humains ». Il est ajouté juste après que de toute façon :

« Modéliser le raisonnement juridique ne paraît pas atteignable *pour le moment* ; même si c’était le cas, une approche déterministe (dont il serait naïf de croire qu’elle repose réellement sur un syllogisme, lequel est surtout utilisé à des fins de justification juridique de la décision) ne serait pas souhaitable, car elle ne pourrait pas prendre en compte les variations non quantifiables entre des dossiers très proches, qui se traduisent par ce qui apparaît comme une incertitude irréductible sur l’issue d’un procès. »⁷³¹

À la lecture de ce passage, on pourrait présupposer que ce qui n’est aujourd’hui pas techniquement possible puisse le devenir à moyen ou à long terme. Mais les auteurs semblent lever l’ambiguïté un peu plus loin en soulignant que

« les MAAD quantifient la potentialité d’une réponse judiciaire compte tenu d’un certain nombre de variables ou de précédents, mais ils ne “prédisent” pas les décisions. Prédire – qui signifie dire ce qui va advenir – renvoie à une notion de certitude. Or, il n’y a pas de certitude dans une décision de justice. L’impossibilité de prédire est liée à l’activité humaine de rendre la justice qui par nature est imprédictible. »⁷³²

Les MAAD fournissent des prévisions fondées sur de très fortes probabilités, ils indiquent des réponses sur lesquelles peuvent se fonder l’acte de décider mais n’interviennent pas à proprement

⁷³¹ *Ibid.*, p. 13, nous soulignons.

⁷³² *Ibid.*, p. 41.

parler dans cet acte autrement que comme un ingrédient parmi d'autres. Ils ne procèdent à aucune espèce d'automatisation de la décision judiciaire et ne revêtent en conséquence qu'une dimension indicative et non prescriptive. En un mot, les MAAD sont des « outils d'aide à la prise de décision », qui apportent un « conseil conditionnel », et rien de plus⁷³³. Ils sont un élément, parmi d'autres, sur lequel le juge peut s'appuyer – comme il peut aussi s'en écarter – pour rendre son jugement.

Les MAAD peuvent s'avérer extrêmement performants, par exemple, dans les cas où il faut déterminer un montant de prestation compensatoire, de pension alimentaire, ou pour évaluer une indemnisation pour préjudice corporel ou encore la rupture d'un contrat. Les juges peuvent parfois être démunis pour quantifier ce genre de choses. Certes ils disposent de barèmes ou de référentiels, mais les outils numériques peuvent s'avérer plus rapides et permettre de fournir plus rapidement une fourchette à affiner. En outre, d'une cour à une autre, on repère des disparités importantes que les modélisations des MAAD permettent de mettre en évidence. Cela permet ensuite d'essayer d'en comprendre les raisons et de voir s'il faut corriger ces disparités ou si elles se justifient par d'autres critères⁷³⁴. On voit que les MAAD s'ils sont généralisés, sont porteurs d'harmonisation des décisions prises par les juges, et de progression dans la connaissance des pratiques judiciaires effectives. Du côté des justiciables, ils permettent de réduire sensiblement ce qui leur apparaît comme de l'aléa juridique, et donc de désamorcer leur méfiance et leurs éventuels soupçons d'iniquité.

Ce faisant, ils réalisent, au moins pour partie, les exigences formulées par les réalistes. Les auteurs du rapport le soulignent eux-mêmes, en indiquant que l'approche numérique par algorithmes modélisateurs a pour objectif de « repenser la jurisprudence comme une donnée à traiter, en quelque sorte, sous un angle “non juridique”, dans la veine du mouvement du réalisme juridique »⁷³⁵. Les MAAD peuvent en effet être compris comme des outils capables de prendre en compte et de quantifier des éléments non-juridiques qui pourtant sont essentiels dans le traitement des cas par les juges. Dans ce même rapport, on remarque également une seconde référence, cette fois non pas aux réalistes, mais au mouvement de la *Sociological Jurisprudence* et plus particulièrement à Holmes. Les auteurs soulignent dans leur analyse de la balance bénéfices/risques de l'utilisation des outils algorithmiques, que les MAAD permettent d'accroître la prévisibilité du droit et offrent aux juges les moyens de mieux respecter la règle du *stare decisis*, c'est-à-dire la doctrine du précédent selon laquelle il s'agit de s'en tenir, pour des faits similaires, à ce qui a été déjà dit par les cours précédentes.

Il faut toutefois souligner que le *stare decisis* n'est pas une règle qui s'applique dans le droit

⁷³³ *Ibid.*, p. 41.

⁷³⁴ Pour des exemples précis sur ces écarts entre différentes cours, voir en particulier les études de cas proposées par Jacques Lévy-Vehel, *ibid.*, p. 18-37.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 13.

français et que le concept de prédiction ou de prévision du droit peut parfois être mal adapté à notre droit. Comme le rappelle l'informaticien et juriste Romain Boucq,

« il est important de savoir que cette justice prédictive provient du monde anglo-saxon. Sans être un comparatiste émérite, chacun sait que les distinctions entre le système de *Common Law* et nos systèmes de droit civiliste sont légion. Le *Common Law* est un système jurisprudentiel reposant sur des actions procédurales, que l'on nomme “*remedy*” et dont le nombre est limité, respectant un certain nombre de critères. Il est important de rappeler que l'absence de droit écrit a contraint le système juridique de *Common Law* à se stabiliser en adoptant une règle qui est celle du “précédent” (“*rule of precedent*”). Résumons-la ainsi : “une décision de justice ne doit pas contredire une plus ancienne.” Cette dernière s'applique de manière extrêmement précise et respecte la hiérarchie des juridictions pour organiser ce qui pourrait passer, pour un juriste de droit civiliste, comme un chaos de décisions de justice. Ainsi, les juridictions de *Common Law* sont liées par toute décision de justice antérieure ayant tranché un cas similaire par une juridiction supérieure ou de même niveau dans l'ordre judiciaire. S'il existe une différence notable dans les faits de l'affaire, susceptible de modifier le sens de la décision, le juge est alors autorisé à faire “la distinction”. »⁷³⁶

Ainsi, l'idée de justice prédictive, et les outils qui en dérivent, naissent du droit anglo-saxon et des besoins liés à ce droit. En ce sens, elle lui convient bien. C'est moins le cas d'un droit comme le nôtre, qui n'est d'ailleurs pas rédigé de la même manière. Romain Boucq souligne que si en droit anglo-saxon la motivation des arrêts est extrêmement détaillée, ce qui permet d'être sûr du sens de la décision prise et de savoir si elle convient ou non à une affaire similaire, ce n'est pas le cas en droit français où « il faudrait tout d'abord repenser la rédaction des jugements et des arrêts [...]. Le manque de détails concernant les affaires rend toute tentative de systématisation décalée de toute réalité, et donc dépourvue de tout intérêt pratique »⁷³⁷. La juriste Pascale Deumier argumente dans un sens assez similaire en soulignant la différence entre droit anglo-saxon et droit français, et rappelle la différence de culture juridique qui existe entre les deux. Il serait bon, écrit-elle, de « réfléchir à ce que la prédictibilité signifie en droit, champ peu labouré dans la doctrine française : si théories réalistes américaines et recherche de prédictibilité des décisions sont liées, la culture juridique française tend plutôt à rejeter la démarche du côté impur de la science du droit »⁷³⁸. Elle souligne très bien par-là que la culture juridique française est bien plus imprégnée des théories de Kelsen que de celles de Holmes, et rappelle les propos du premier dans la *Théorie pure du droit* :

« La mission de la science du droit n'est pas de prophétiser les décisions des tribunaux [...] dans la mesure où les tribunaux créent dans leurs décisions du droit nouveau, il est aussi peu possible de prédire ces décisions que de prédire quelles normes générales seront créées par l'organe législatif. [...] Même dans la mesure où la prédiction serait possible, elle n'est pas la tâche de la science du droit [...] Prédire les décisions juridictionnelles

⁷³⁶ Romain Boucq, annexe 2, in Loïc Cadiet, *L'open data des décisions de justice*, op. cit., p. 157.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 159.

⁷³⁸ Contribution de Mme Pascale Deumier, in Loïc Cadiet, *L'open data des décisions de justice*, art. cit., p. 192.

futures peut être l'affaire des avocats qui conseillent leurs clients. Mais il ne faut pas confondre la connaissance du droit avec la fonction de conseil juridique. »⁷³⁹

Quoiqu'il en soit de la nécessité qu'il y aurait à mieux adapter ces outils d'un genre nouveau au droit français, en corrigeant les éventuelles distorsions que créent l'importation d'outils propres à un certain droit dans un droit qui lui est étranger, les auteurs du rapport de la mission Droit et justice sont formels : la voie numérique est une bonne voie pour améliorer la justice française. Cependant, il n'est pas anodin que toute une partie du rapport de la mission droit et justice soit consacrée à l'encadrement juridique de ces outils. S'ils sont vraiment inoffensifs, pourquoi faut-il à ce point les encadrer. Il est affirmé avec insistance que « l'utilisateur (juge, conciliateur, médiateur et conseil) doit garder la mainmise sur les MAAD » et que, quoiqu'il arrive,

« ces outils, lorsqu'ils sont utilisés par les juges, doivent être sous la gouvernance de l'État et de ses institutions pour ne pas créer une “justice prédictive, [...] adossée au marché [...], [qui] réaliserait le rêve (ou le cauchemar ?) d'un droit sans l'État, un droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et la technique, un droit qui s'applique tout seul et n'a besoin d'aucune administration, ni d'aucun tiers de justice, ne dépendant plus ni des coutumes, ni de la culture, un droit qui coïnciderait totalement avec la science” ».⁷⁴⁰

C'est donc que ces nouveaux outils numériques pourraient, possiblement, échapper à la gouvernance française et détruire le sens même des processus judiciaires. Quels sont ces risques que les auteurs entrevoient et comment proposent-ils de les conjurer ? Valent-ils la peine d'être courus ?

Le rapport détaille six points précis sur lesquels l'encadrement des MAAD doit porter. Premièrement, recommandent les auteurs, ils doivent être circonscrits à un périmètre restreint : ils ne peuvent être utilisés que dans des domaines où l'on dispose d'un nombre conséquent de décisions, présentant en outre de grandes similarités, et leurs résultats doivent chaque fois être individualisés en fonction des circonstances précises de chaque affaire traitée. C'est à ce titre seulement qu'ils peuvent être performants.

Deuxièmement, les MAAD doivent respecter un ensemble de valeurs et de principes éthiques. En particulier, ils doivent être transparents pour les utilisateurs, intelligibles, pertinents dans le temps et servir une égalité de traitement. La difficulté est que l'intelligibilité des algorithmes n'est pas donnée au premier venu et qu'il faut souvent de grandes compétences pour pouvoir en comprendre le fonctionnement. S'ajoute à cette difficulté le fait que les traitements algorithmiques sont souvent le fait d'entreprises privées qui engagent pour ce faire des sommes très importantes, et qui, on peut

⁷³⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 122-123.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 41-42. Les auteurs citent Antoine Garapon, Sylvie Perdrille, Boris Bernane, Charles Kadri, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle*, rapport de l'IHEJ, mai 2013.

le supposer, seront assez peu enclines à livrer leurs codes. Nous reviendrons ensuite sur ces deux difficultés majeures. Les auteurs concluent sur ce point à la nécessité d'instaurer des autorités de régulation et de contrôle de ces algorithmes avec des systèmes d'audits et de certification.

Troisièmement, il faut réaliser une forme de balance des risques et des bénéfices induits par les MAAD. Les MAAD permettent de donner une plus grande prévisibilité du droit et une meilleure harmonisation de ce dernier, notamment en fournissant aux juges une photographie précise de la manière dont leurs collègues jugent des affaires similaires dans la même juridiction, ou dans une autre, ou sur l'entièreté du territoire national. Ils peuvent aussi fournir des esquisses de décisions lors de litiges qui ne nécessitent peut-être pas la mise en œuvre d'une longue procédure et permettre de construire un terrain d'entente entre parties adverses pour encourager des solutions à l'amiable qu'un médiateur ou un conciliateur n'aura plus qu'à valider par exemple. Toutefois, ils doivent rester sous l'autorité d'un professionnel de la justice et ne pas être pris pour argent comptant : autrement dit, il faut limiter leur effet performatif et préserver la liberté, notamment pour le juge, de s'écarter des résultats proposés, d'autant que ceux-ci reposent uniquement sur des bases de données alimentées par des décisions passées qui n'ont pas forcément toujours intégré les éventuelles modifications de la loi.

Quatrièmement, si les MAAD permettent la réutilisation efficace des données judiciaires, ces dernières ne sont pas des données comme les autres et font courir aux individus concernés des risques importants d'atteinte à leur vie privée. La question de l'anonymisation ou de la pseudonymisation des noms réels, tant des justiciables que des magistrats, se pose.

Cinquièmement, les MAAD posent des questions de responsabilité. Il faut faire en sorte, au cas où les résultats fournis par l'algorithme s'avèrent préjudiciables, que quelqu'un puisse en répondre (concepteur, propriétaire ou donneur d'ordre), et donc prévoir que l'algorithme soit traçable, afin de compenser l'absence de causalité humaine dans la « prise de décision » par l'algorithme.

Enfin, sixièmement, les MAAD doivent être développés non seulement du côté d'une aide à la prise de décision dans les juridictions, mais aussi du côté d'une aide à la discussion et à la négociation sur les plateformes de justice qui proposent des modes de règlements des conflits et des litiges à l'amiable. L'objectif est de permettre une plus grande flexibilité dans les procédures, de proposer une « offre de justice plurielle » permettant une « gestion fine de l'orientation des affaires » dans des « parcours procéduraux ouverts »⁷⁴¹, ce qui revient à encourager le développement des MARD (Modes Alternatifs de Règlement des Différends), en parallèle des procédures de justice

⁷⁴¹ Loïc Cadiet, « L'accès à la justice », *Recueil Dalloz*, n°10/7723e, 9 mars 2017, p. 522, cité dans Lémy Godefroy, Frédéric Lebaron, Jacques Lévy-Vehel, « Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser », *art. cit.*, p. 74.

classiques. Tout ceci demande une réflexion importante sur la manière d'intégrer ces procédures dans les circuits de justice que nous connaissons et de réorganiser la manière dont les justiciables pourront s'en remettre à elles sans passer par le truchement d'un juge, mais tout en pouvant à tout moment faire appel à ce dernier si cela s'avère nécessaire, en étant protégés dans leurs démarches, et en ayant la garantie d'avoir accès à une justice de qualité respectueuse de l'intégralité de leurs droits.

L'introduction de la numérisation dans la justice, et en particulier, l'utilisation des MAAD, semble donc pleine de promesses, mais apparaît également fragile en deux sens : elle n'est pas encore techniquement aboutie, et sous cet angle, il faut bien avouer qu'elle n'est pas totalement maîtrisée et qu'un certain flou persiste quant aux gains effectifs qu'elle permettra ; par ailleurs, elle expose à des dangers, notamment concernant la vie privée des individus, l'utilisation de données sensibles par des secteurs privés, et le risque d'uniformisation des décisions judiciaires par pression sur les juges qui sont loin d'être quantité négligeable. La question, éthique et politique qui se pose alors est la suivante : ces inconvénients, risques, voire dangers, méritent-ils d'être affrontés ? Même si, pour reprendre le mot de Hölderlin, « là où croit le danger, croît aussi ce qui sauve »⁷⁴², il nous semble que l'introduction des outils numériques dans le domaine de la prise de décision judiciaire et en général dans le domaine du droit est précipité⁷⁴³. Hormis des gains économiques – car le gain de temps est pensé comme un gain de main d'œuvre judiciaire –, il n'existe pas à ce jour de réel projet, philosophique et politique, pour cette justice renouvelée. En revanche, nombreux problèmes sont soulignés et découverts, au fur et à mesure de la mise en place de ces outils, encourageant les arbitrages et les bricolages *ad hoc*, attestant de ce manque de préparation. Que des juridictions ou des lots de décisions puissent être des laboratoires d'expérimentation de cette numérisation de la justice est une chose, mais que cette expérimentation soit généralisée avant qu'on en ait collectivement fait le bilan en est une autre. On peut associer cette précipitation aux intérêts importants qui sont en jeu. Les enjeux économiques et stratégiques en présence sont colossaux. S'ils ne sont pas mis en avant, ils ne sont toutefois pas cachés. On assiste en effet à la création d'un marché de la justice, ce qui ne va évidemment pas de soi. Non seulement on espère que la justice coûte le moins possible et soit la plus performante possible, mais on entend désormais que ce domaine soit également producteur de valeur.

On observe une forme d'emballement à l'égard de la numérisation de la justice et de

⁷⁴² Hölderlin, *Œuvres*, trad. Philippe Jaccottet, Paris, Gallimard, « Pléiade », 1967, p. 867.

⁷⁴³ Par exemple, concernant l'ouverture des données judiciaires qui conditionne le développement des outils de justice prédictive, Pascale Deumier remarque qu'aucune étude d'impact n'a été menée « pour une réforme introduite par amendement l'avant-veille de sa discussion en séance publique », de sorte que les arguments en faveur de la réforme s'appuient le plus souvent sur des « arguments d'évidence » ce qui signifie qu'en réalité, ils ne reposent pas sur des faits ou des prévisions dûment documentés. Voir Contribution de Mme Pascale Deumier, in Loïc Cadiet, *L'open data des décisions de justice*, art. cit., p. 187.

l'utilisation des MAAD, que l'on peut coupler à l'attrait de la nouveauté dont notre XXI^e siècle est friand. Il existe une forme d'idéologie diffuse qui véhicule la croyance selon laquelle le numérique est bon, voire meilleur que nos pratiques classiques, et que les voies numériques nous porteront vers des progrès certains. On peut bien sûr en douter, ne serait-ce qu'en soulignant les enjeux écologiques que soulèvent la nécessaire édification et multiplication de *data centers* pour soutenir ces projets, toujours plus gourmands en énergie et prodigues en gaz à effet de serre. Mais s'il est difficile, si ce n'est vain, de raisonner des croyances, il est en revanche possible et efficace de discuter pied à pied les projets de lois, les rapports, et autres enquêtes sur le sujet et d'examiner la portée des arguments en présence. C'est là le rôle du philosophe.

2. Préserver le texte juridique, fondement de la décision judiciaire

L'écriture numérique du monde – le codage des faits, des événements, des informations, etc., en langage numérique – n'est pas faite pour être lue. Voilà qui en fait un bien étrange objet. L'écriture numérique a cette caractéristique de découpler le support matériel par lequel elle s'effectue (des suites de nombres qui peuvent être réorganisées selon des règles de réécriture) et la signification qu'elle revêt. Il est en effet totalement impossible pour un être humain de se repérer dans l'océan de « 0 » et de « 1 » qui constitue l'écriture numérique, de sorte qu'il est assisté par des programmes qui se chargent d'assembler, d'ordonner et de classer les données préalablement encodées. Le fait que le sens des données soit différé à plus tard, que l'écriture numérique se déploie seule, à partir des règles de réécriture édictées par le programmeur, et que tout soit arithmétiquement homogénéisé sous forme de données, est radicalement nouveau et transforme par conséquent tout aussi radicalement notre rapport au monde, aux autres et à nous-mêmes, dès lors qu'il est médiatisé par cette écriture et par les interfaces qu'elle commande – téléphones, ordinateurs, objets connectés en tous genres.

Quelles sont les conséquences de cet état de fait concernant le droit ? Pour A. Garapon et J. Lassègue, on assiste ni plus ni moins à la naissance d'une nouvelle forme d'« illettrisme »⁷⁴⁴ qui annule pour partie le rapport autonome du citoyen à la loi. Seule une certaine classe d'individus, les informaticiens, s'avère capable de lire et d'utiliser l'écriture numérique. Il s'agirait là d'un retour en arrière, qui restaurerait une forme de gouvernement de scribes, et qui viendrait contrecarrer « l'immense énergie qui a été déployée depuis le XVII^e siècle en Europe pour alphabétiser les

⁷⁴⁴ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, op. cit., p. 263.

populations ». Or, un tel illettrisme est tout à fait incompatible avec la mise en œuvre de ce principe fondateur d'une république libre, éclairée et démocratique selon lequel « "nul n'est censé ignorer la loi", ce qui implique que chacun puisse la lire sans s'en remettre à quiconque d'autre que soi »⁷⁴⁵. Ce processus de dés-alphabétisation renvoie plus généralement à ce que Stiegler nomme la prolétarianisation :

« La prolétarianisation, c'est historiquement la perte du savoir du travailleur face à la machine qui a absorbé ce savoir. Aujourd'hui, la prolétarianisation, c'est la standardisation des comportements à travers le marketing et les services, et la mécanisation des esprits par l'extériorisation des savoirs dans des systèmes tels que ces "esprits" ne savent plus rien de ces appareils de traitement de l'information qu'ils ne font plus que paramétrer : c'est précisément ce que montre la mathématisation électronique de la décision financière. Or cela affecte tout le monde : employés, médecins, concepteurs, intellectuels, dirigeants. »⁷⁴⁶

L'écriture numérique a également pour effet de perdre une partie des dimensions du monde qu'elle cherche à consigner. De fait, lorsque l'on numérise quelque chose, on retranscrit informatiquement des signes qui disposent initialement, pour certains, d'expressivité, mais également de performativité et d'efficacité symbolique. Dans le domaine du droit comme dans les autres domaines, ces différents éléments ne proviennent pas du seul langage. A. Garapon et J. Lassègue rappellent à quel point la parole juridique, son sens et son efficacité dépendent aussi d'un cadre et d'un rituel juridiques précis. Les conditions dans lesquelles se déroulent par exemple une audience, la scénographie, les costumes, l'ambiance, la présence physique des individus, la répartition des rôles, de l'espace, etc. sont absolument essentielles. Pourtant, au moins depuis Beccaria, on se situe plutôt dans une logique de rationalisation du droit, avec l'idée que la justice gagnerait en crédibilité auprès des citoyens dans la mesure même où elle perdrait tout ce qui relève de l'émotionnel, du rituel, du symbolique. Les citoyens préféreraient la force des calculs mathématiques à celle de la robe ou de la salle d'audience. Il faudrait se protéger, voire se débarrasser de la noblesse de robe, de son pouvoir, de ses rites et de ses fastes. La révolution numérique dans le droit viendrait ainsi mettre à mal les autorités juridiques – ou plutôt les éléments qui, classiquement, leur conféraient une autorité – elle aiderait à briser l'asymétrie qui caractérise souvent les rapports entre professionnels et usagers du droit, et contribuerait ainsi à redonner à ces derniers une part du pouvoir dont ils avaient tendance à être dépossédés

Cette écriture numérique serait donc un moyen non seulement de neutraliser la part

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 264.

⁷⁴⁶ Bernard Stiegler, « "Le grand désenchantement". Un entretien avec le philosophe Bernard Stiegler », *Le Monde*, 21 février 2011. En ligne : <https://www.lemonde.fr/blog/fredericjoignot/2020/08/07/nous-vivons-un-extreme-desenchantement-un-entretien-avec-le-philosophe-bernard-stiegler/> (consulté le 26/10/21).

interprétative du texte du droit, et donc le pouvoir du juge, mais également de court-circuiter le « folklore » du droit, afin de renouer avec une pratique plus rationnelle et moins ésotérique. Qu'il s'agisse de folklore, rien n'est moins sûr, nous reviendrons sur ce point par la suite, car la scénographie du droit voire sa dramaturgie sont au contraire extrêmement balisées : le rite est arbitraire, et pourrait toujours être autre, mais sa signification, elle, ne l'est pas.

L'écriture numérique, enfin, renvoie la notion de texte à une place secondaire. Parler d'écriture c'est, pour tout un chacun, parler d'un texte qui s'écrit et qui peut être lu. Or, dans l'écriture numérique, ce n'est pas vraiment le cas, puisque ce sont plutôt des données qui sont traitées puis agencées en fonction de règles logiques et mathématiques. Cette écriture n'est pas là, dans un premier temps, pour être lue, et personne, sauf le programmeur, ne la lit. Pour être plus précis, il faut dire qu'une partie de l'écriture échappe à toute lecture. Ce qui est lu, c'est le *résultat* de ces différentes étapes, dont certaines échappent à l'œil humain. L'étape de la compréhension se fait donc ultimement, après le traitement informatique et en dehors de lui, mais ne peut se passer de ce traitement – qui structurellement pourrait toujours être conduit différemment – pour construire des significations.

Ce que l'on vient de décrire se situe à mille lieues de la manière dont les juges et les professionnels du droit se rapportent aux textes juridiques qui constituent la matière première et principale de leurs raisonnements. Bien sûr, le « droit comme texte » ne disparaît pas à proprement parler, « mais il est court-circuité par un autre savoir qui prétend dire une vérité plus complète, intégrant les pratiques et apportant une fiabilité plus grande »⁷⁴⁷. Autrement dit, ce que font les plateformes et services de justice numérique, et donc les algorithmes qui les sous-tendent, c'est tout autre chose que ce que font les juges : si les algorithmes peuvent prévoir les résultats des raisonnements des juges, ou un éventail possible de résultats, si certains systèmes experts employant de l'intelligence artificielle s'essaient à reproduire le raisonnement des juges, dans les deux cas, ils ne raisonnent pas comme les juges et font autre chose que raisonner de manière juridique. Ils calculent, ce qui est une forme de raisonnement, mais ne rendent pas la justice.

Rendre la justice, c'est en premier lieu affronter des textes, et même une multitude de textes, issus de sources diverses, qu'il faut comprendre, interpréter parfois, souvent à l'aide d'autres textes, hiérarchiser et pondérer. L'ouvrage collectif sur *Le raisonnement juridique*⁷⁴⁸, placé sous la direction de Pascale Deumier, le montre bien. Il s'agit dans ce livre d'exposer les résultats d'une enquête sur la manière dont les raisonnements sont effectivement menés par les juges, en s'écartant de l'image

⁷⁴⁷ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, op. cit., p. 101.

⁷⁴⁸ *Le raisonnement juridique, Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, sous la direction de Pascale Deumier, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2013.

d'Épinal du syllogisme logico-déductif qui caricature le plus souvent la réflexion judiciaire et la fabrique de la décision. Puisque les raisonnements en eux-mêmes ne sont pas accessibles, du fait du secret du délibéré, les auteurs ont fait le choix d'étudier les travaux préparatoires d'arrêts qui ont soulevé une question de principe soit devant la Cour de cassation, soit devant le Conseil d'État, sur une durée de deux ans. Ces travaux préparatoires doivent être distingués du raisonnement qui mène à la décision définitive. Celle-ci, en France, est exprimée dans des arrêts très concis, qui n'expliquent pas les choix qui ont été faits. Cependant, ils donnent un certain reflet du mode de raisonnement, des discussions et des analyses en jeu. En effet,

« si les grandes étapes du raisonnement peuvent se réduire à une majeure, une mineure et une conclusion, cette structure syllogistique ne doit pas occulter que chacune de ces étapes appelle une succession de pesées et de choix, eux-mêmes fruits d'une série de discussions argumentées. La déduction cède alors à une argumentation plus dialectique au sein du raisonnement juridique. Ainsi, le raisonnement apparent, s'il porte la quintessence de l'application de la règle au cas, dissimule le raisonnement préalable, qui a nourri la discussion et justifié les choix opérés. »⁷⁴⁹

Il ressort de cette étude qu'un certain nombre d'arguments pèsent particulièrement sur le raisonnement de juges : le texte de droit (lois, textes réglementaires français ou issus de pays étrangers) ; les précédents (de la juridiction en question ou d'une juridiction externe) ; la doctrine (universitaire ou organique) ; l'argument de constitutionnalité ; la CEDH ; le droit de l'Union Européenne ; et les arguments d'opportunité. Parmi ces arguments, celui qui se place en première position, c'est le texte⁷⁵⁰, qui apparaît comme le « point de départ du raisonnement ».

« L'importance du texte se constate à un double titre : d'une part le texte est la seule source du droit qui est systématiquement recherchée, sans la moindre exception ; d'autre part dans l'ordre du raisonnement, le texte "est mobilisé en premier par le magistrat", à de minces exceptions près. Point de départ, le texte est donc essentiellement l'ancrage de la question de droit dans un fondement sur lequel repose un édifice argumentatif menant parfois très loin. Le besoin d'élargir le raisonnement au-delà de la simple consultation du texte est généralement le fait de l'insuffisance de celui-ci, de la contradiction de plusieurs dispositions ou de la possibilité d'en donner plusieurs compréhensions, du fait des interprétations différentes invoquées par les parties ou de l'ambiguïté du texte. »⁷⁵¹

Le texte dessine donc l'orbe dans lequel le juge se tient, et constitue la source première de toutes les opérations et étapes qui mènent à la fabrique finale de sa décision. Il lui faut dans un premier temps

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁷⁵⁰ Pour éviter toute ambiguïté, il faut préciser que ce qui, dans cet ouvrage, est appelé « le texte » est plus précisément le texte juridique réglementaire (lois, décrets, règlements, etc.). Bien sûr les précédents, la CEDH, etc. sont aussi des textes, et, pourrait-on ajouter, toutes les pièces d'un dossier sont textualisées (procès-verbaux, expertises, descriptions des pièces à conviction, etc.), mais ils ne sont pas *le* texte. Ici « le texte » désigne les sources écrites et formelles du droit. L'usage de ce terme fait penser à celui que l'on peut trouver dans le domaine religieux lorsque l'on évoque les religions du Livre.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 255. Pascale Deumier cite le chapitre « Le texte » rédigé par Claire Vocanson, *ibid.*, p. 12

identifier le ou les textes qui s'appliquent au cas qu'il a à juger, puis les appliquer effectivement lors du procès, ce qui amène, aussi souvent qu'il est nécessaire, à conduire des interprétations. Toutefois, que le texte soit « omniprésent dans les travaux préparatoires » ne signifie pas qu'il soit « le seul argument que le magistrat mobilise. Au contraire, le magistrat va le mettre en concurrence avec les autres arguments pour connaître sa valeur »⁷⁵². Il n'en demeure pas moins que le texte est un élément central de la pensée du juge. Une « préférence au texte »⁷⁵³ demeure, souligne Claire Vocanson, bien que la multiplication des sources du droit et donc des textes, leur extrême complexité et parfois même, leur illisibilité, aient pu laisser penser le contraire. Cette complexification des textes que relève le Conseil d'État lui-même semble même avoir eu pour effet non pas d'éloigner les juges des textes mais plutôt de « renforcer le pouvoir des juges afin de faire œuvre de cohérence et [de] combler les lacunes de ces derniers »⁷⁵⁴.

Par conséquent, passer d'un modèle de pratique judiciaire qui se fonde sur un rapport privilégié au texte, à un modèle fondé sur la collecte massive et le traitement de données – juridiques et non juridiques – pour l'élaboration des décisions judiciaires, modifie profondément la nature des opérations qui sont effectuées. Autant dans le premier cas le récit, comme art de réutiliser et d'appliquer le texte pour saisir des faits et décider du sens qu'ils prendront pour une société donnée, est roi, autant dans le second cas, il est comme amputé de la plupart de ses fonctions (symbolique, expressive, performative) et réduit à des éléments mathématiques opérationnels. Le droit devient une forme de pure effectivité. Quelles en sont les conséquences pour l'expérience vécue des justiciables ? A-t-on encore affaire au même droit, au même processus normatif ? On peut supposer que le fait de modifier le *medium* par lequel nous accédons au droit et par lequel celui-ci est mis en œuvre, implique dans le même temps des transformations quant à l'expérience du droit qui sera vécue tant par les justiciables que par les professionnels.

3. Préserver l'expérience vécue de la justice

L'introduction du numérique dans nos existences, et en particulier dans le droit, a des effets sur nos comportements et nos manières de ressentir et de vivre certains événements. On peut en faire

⁷⁵² *Ibid.*, p. 21

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 31

⁷⁵⁴ *Ibid.*, 12-13. Claire Vocanson cite à l'appui le rapport public annuel du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, Doc. Fr., 2016, p. 236 et p. 277.

apparaître quelques traits saillants. D’abord, le fait de recourir à des procédures de plus en plus dématérialisées a pour conséquence de modifier notre rapport au temps et à l’espace : en quelques minutes de consultation d’un site ou d’une plateforme, une réponse sérieuse à une question juridique ou une évaluation des chances possibles d’obtenir une issue positive à un conflit ou à un litige peuvent être fournies. On peut imaginer que certaines audiences, entretiens, ou confrontations puissent dorénavant s’effectuer en visioconférence, pour épargner des déplacements ou des rencontres douloureuses. Il deviendrait possible – c’est en tous cas ce que la réforme de la justice prévoit pour certaines procédures mineures – d’obtenir le règlement juridique d’une affaire sans avoir eu de contact physique avec un juge ou un professionnel de justice. Temps et espace se voient alors comme raccourcis, contractés. Le temps long de la procédure, la nécessité de devoir prendre sa journée pour répondre à une convocation et se rendre dans le lieu demandé, avec la solennité qui lui est liée, s’évanouissent. On voit bien, à la fois, l’effet désengorgeant que cela peut avoir pour le traitement d’une multitude d’affaires sans gravité, et le gain de temps – et d’argent – que cela permet, tant pour les professionnels du droit que les justiciables. Mais on ne peut s’empêcher de s’interroger sur le sens d’une justice qui se veut plus proche des citoyens, mais qui envisage cette proximité principalement du point de vue numérique, en rendant l’accès à des interlocuteurs en chair et en os beaucoup moins facile, voire impossible.

Ensuite, dans le cadre d’une justice prédictive qui serait devenue suffisamment performante, la nature du travail des juges évoluerait beaucoup. Si les juges peuvent effectivement avoir accès, quasiment en temps réel, à la manière dont leurs collègues, au sein de juridictions similaires, traitent des affaires similaires, ils auront alors un panorama réaliste de ce qui se fait effectivement en matière de décision judiciaire pour des types de cas précis. En un instant, ils pourraient disposer d’une radiographie précise de la manière dont se positionne, globalement, l’institution dans laquelle ils se situent, et dont ils peuvent avoir une perception biaisée, voir erronée. Cela leur donnerait par conséquent la possibilité de procéder facilement à un lissage et à une homogénéisation de leurs pratiques et donc d’accéder à une meilleure collégialité des décisions. À l’inverse cependant, on peut imaginer qu’ils pourraient aussi se sentir écrasés par la pression du nombre et avoir du mal à s’écarter, même si cela leur semble justifié, de la norme que dégagerait l’outil numérique. Cela exercerait sur les juges non plus vraiment un contrôle de leur activité par la loi, par une norme véritablement juridique, mais plutôt une forme de contrôle latéral, exercé par tous les juges sur tous les juges, suscitant soit la crainte soit le désir de se distinguer. À l’appui de cette recherche d’harmonisation des pratiques, il est question que les juges américains puissent par exemple s’appuyer sur des outils numériques capables de reproduire les compétences textualistes des juges et de leur servir d’assistants pour interpréter les textes de loi – notamment en dégagant les occurrences d’un texte dans la

jurisprudence et en établissant l'acception ordinaire d'une expression ou d'un concept. Par exemple, l'experte en cybersécurité américaine Betsy Cooper⁷⁵⁵ défend leur introduction dans les juridictions américaines, en montrant tout ce qu'une technologie comme le Watson de IBM peut faire et dont les juges humains sont incapables, en se fondant sur la défaite du meilleur joueur du monde de *Jeopardy !* face à l'intelligence artificielle appelée Watson, en février 2011. Si, bien sûr, la technologie Watson n'est pas en mesure – du moins pour le moment précise-t-elle – de rendre des décisions ayant la dimension éthique que l'on peut attendre venant d'un juge, elle fournit néanmoins une assistance de qualité que les juges auraient tort de négliger. Il faut ici souligner que le fait de pouvoir, ou de devoir se reposer sur une machine pour juger, transforme considérablement la manière dont le juge percevra sa propre activité. Comment ne pas sentir qu'il perd en indépendance et subit une sorte de défaite intellectuelle ? Il est possible de le voir autrement, mais c'est pourtant bien en ces termes que Betsy Cooper présente par exemple les avancées de Watson : comme une victoire pour l'intelligence artificielle, et une défaite pour l'intelligence humaine. Ainsi l'existence même de cette assistance juridique pour les juges serait le signe manifeste de leur faillibilité et de leurs limites.

Enfin, du côté des justiciables cette fois, la justice prédictive pourrait, dès l'ouverture d'un procès, leur permettre d'en connaître en grande partie l'issue. Il est évident que le fait que les choses soient comme jouées d'avance amenuiserait très sensiblement l'intérêt et la portée d'un tel événement, qui se réduirait à l'entérinement formel d'une solution. Quel intérêt auraient de tels événements ? Les individus auraient-ils seulement envie de s'y rendre, y trouveraient-il du sens ? La part de *catharsis* émotionnelle qui peut exister dans certains procès, pour les victimes comme pour les accusés, et on pense là en particulier aux procédures liées aux affaires délictueuses et surtout criminelles, n'aurait-elle pas tendance à disparaître ?

Ces exemples montrent bien que les changements induits par l'introduction du numérique dans le monde de la justice sont plus délicats qu'il n'y paraît. Ils sont d'ailleurs d'autant plus difficiles à prendre en compte qu'ils touchent à notre manière d'éprouver la justice, aux significations que nous projetons sur elle, à tort ou à raison, bref, à l'expérience intime, personnelle, toujours vécue de manière unique, qu'elle constitue pour nous, que nous soyons juges ou usagers de la justice. Ainsi écrivent A. Garapon et J. Lassègue, dans une justice qui vise toujours plus de numérisation et donc de virtualisation :

« La distance spatiale ne sépare plus, le rituel n'ordonne plus les rapports procéduraux, le temps n'est plus orienté vers un dénouement. Tous ces fondamentaux sur lesquels était

⁷⁵⁵ Betsy Cooper, « Judges in Jeopardy !: Could IBM's Watson Beat Courts at Their Own Game? », in *Yale Law Journal Online*, n° 121, 2011. En ligne : <https://www.yalelawjournal.org/forum/judges-in-jeopardy-could-ibms-watson-beat-courts-at-their-own-game> (consulté le 29/07/21).

fondée notre justice paraissent tout à coup soumis à une situation perceptive que les technologies numériques remettent en question. »⁷⁵⁶

De manière plus radicale, parce que plus globale et profonde, Antoinette Rouvroy voit dans le recours grandissant à des techniques numériques dans toutes les phases de notre existence et dans le changement perceptif qu'il induit, un glissement d'un type de normativité et de gouvernementalité à un autre. On passerait, selon elle, d'une « normativité juridico-discursive », qui gouverne par le droit et plus particulièrement par la dimension langagière du droit, à une « gouvernementalité algorithmique » dont les normes semblent appartenir de manière immanente à la réalité et peuvent sans cesse lui être réajustées⁷⁵⁷. Le terme de « gouvernementalité » est emprunté au lexique foucauldien, et est forgé à partir de la contraction entre gouvernement et rationalité⁷⁵⁸.

« Par gouvernementalité algorithmique, nous désignons [...] un certain type de rationalité (a)normative ou (a)politique reposant sur la récolte, l'agrégation et l'analyse automatisée de données en quantité massive de manière à modéliser, anticiper et affecter par avance les comportements possibles. »⁷⁵⁹

Cette définition rappelle les trois éléments caractéristiques de la gouvernementalité algorithmique. Le premier, c'est la collecte de données qui se fait de manière systématique et en quelque sorte par défaut. Il s'agit de rassembler toutes sortes de traces, sans intention préalable, sans hypothèse initiale et sans que cette collecte soit liée à des individus en particulier. Cela désigne l'ensemble des données que nous laissons – sans vraiment le vouloir, mais sans non plus vraiment le refuser – en consultant un site par exemple ou en y faisant un achat. Le second élément de la gouvernementalité algorithmique, c'est l'agrégation de cette myriade de données brutes les unes aux autres et leur traitement mathématique, qui fait émerger de nouveaux savoirs : des corrélations, des constantes, des *patterns*, des profils, des prévisions. Puisque ces données retraitées ne sont pas rattachées à des individus en propre, qu'elles sont récoltées sans poursuivre de finalité ou rechercher un usage de manière préconçue, elles acquièrent, comme naturellement, un statut d'objectivité. Elles nous diraient le monde tel qu'il est, presque comme une chose en soi sur laquelle ne pèserait aucun regard, aucune perspective, aucun projet, de sorte que « les normes semblent émerger directement du réel lui-

⁷⁵⁶ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, op. cit., p. 116.

⁷⁵⁷ Voir sur ce point, Antoinette Rouvroy, « Pour une défense de l'éprouvante inopérationalité du droit face à l'opérationnalité sans épreuve du comportementalisme numérique », in *Dissensus*, Dossier : Efficacité : normes et savoirs, n° 4, avril 2011, en ligne : <https://popups.uliege.be/2031-4981/index.php?id=963> ; voir également Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », in *Réseaux*, vol. 177, n° 1, 2013.

⁷⁵⁸ Voir Michel Foucault, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004.

⁷⁵⁹ Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », art. cit., p. 173.

même »⁷⁶⁰. Enfin, dernier élément de la gouvernementalité algorithmique, ce savoir presque absolu qui surgit du monde est ensuite utilisé pour essayer d'anticiper les comportements des individus qui ne sont pas envisagés dans leur unité personnelle, mais plutôt diffractés dans de multiples profils (de patient, de justiciable, de voyageur, etc.). Plutôt que d'une action directe sur les individus, il est davantage question d'une action sur leur environnement de manière à orienter et prévoir toujours mieux ces mêmes comportements⁷⁶¹. L'originalité de ce nouveau savoir, qui se fonde sur des corrélations et non sur une connaissance des causes des choses et des comportements, c'est qu'il ne semble pas pouvoir connaître l'échec, les ratés ou l'erreur. En effet, l'algorithme est un calcul permanent, qui recompose constamment les réponses qu'il donne à partir des nouvelles données qu'il collecte, de sorte que ces données nouvelles ne peuvent jamais vraiment le contredire, mais seulement le réorienter. Ainsi, l'algorithme ne se trompe jamais mais se réajuste en continu⁷⁶².

On peut reprocher au concept de gouvernementalité algorithmique d'être très englobant, et comme tel, peu déterminé. Toute utilisation de méthodes algorithmiques ne vise pas à la gouvernementalité. Mais malgré tout, ce concept est opérant pour nous car il permet de bien signifier cette idée que le recours à certains outils numériques, notamment les logiciels prédictifs, affecte la conduite future des individus d'une manière différente de celle où, classiquement, un individu se réfère à sa connaissance, plus ou moins juste et précise, du système de lois auquel il participe.

Ce passage d'une gouvernementalité du droit à une gouvernementalité algorithmique a deux effets majeurs qui nous intéressent ici au premier chef. D'abord, montre Antoinette Rouvroy, cela modifie les « modes de production de la réalité » et « la manière dont les normes se forment,

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 170.

⁷⁶¹ Antoinette Rouvroy illustre cela en évoquant les stratégies marketing de prix dynamique. Il s'agit, sur un site de vente en ligne, comme par exemple une compagnie aérienne, de modifier le prix en fonction des informations qui ont pu être collectées sur l'acheteur. Suivant le degré d'élasticité des dates et des besoins mesurés auprès de l'acheteur potentiel, le billet pourra avoir augmenté lors d'une visite suivante, envoyant par là le message à l'acheteur qu'il faut qu'il se dépêche de retenir son billet, même plus cher, car les prix montent. Rien ni personne ne s'adresse de manière directe à lui, en revanche, son environnement d'achat a changé : « il s'agit, au contraire, se basant sur la détection automatique de certaines propensions (d'achat), de la détection de l'(in)élasticité de la demande individuelle relativement à une variation de prix, de susciter l'acte d'achat, sur le mode de la réponse-réflexe à un stimulus d'alerte court-circuitant la réflexivité individuelle et la formation du désir singulier. C'est donc de produire du passage à l'acte sans formation ni formulation de désir qu'il s'agit » (*ibid.*, p. 177).

⁷⁶² « C'est que la gouvernementalité algorithmique, de par sa parfaite adaptation au "temps réel", sa "viralité" (plus on s'en sert, plus le système algorithmique s'affine et se perfectionne, puisque toute interaction entre le système et le monde se traduit par un enregistrement de données numérisées, un enrichissement corrélatif de la "base statistique", et une amélioration des performances des algorithmes), sa plasticité, rend la notion même de "raté" insignifiante : le "raté" ne peut, en d'autres termes, mettre le système en "crise", il est immédiatement réingurgité afin de raffiner encore les modèles ou profils de comportements. Par ailleurs, suivant l'objectif de l'application qui est faite des dispositifs algorithmiques – par exemple la prévention des fraudes, du crime, du terrorisme –, les "faux positifs" ne seront jamais interprétés comme des "ratés" puisque le système suit une logique de dépistage plutôt que de diagnostic : le but est de ne rater aucun vrai positif, quel que soit le taux de faux positifs » (*ibid.*, p. 174).

s'imposent, se contestent »⁷⁶³. Autrement dit cela modifie non seulement notre perception du monde mais également notre manière d'y agir, et en particulier, cela transforme considérablement notre rapport à la loi. Passer d'un mode à l'autre, c'est presque, pourrait-on dire, passer d'un monde à un autre.

Dans le régime classique de normativité juridico-discursive, décrit-elle, le droit est quelque chose que les individus « éprouvent ». Les normes sont identifiables, et, qu'on les suive ou qu'on s'y oppose, elles se présentent sous la forme d'une verticalité qui surplombe la vie sociale. Non seulement les individus s'y réfèrent, s'y frottent voire s'y heurtent, mais même, « le droit organise lui-même la mise à l'épreuve, la possibilité de contestation et de révision de ses propres productions législatives et juridictionnelles »⁷⁶⁴. Ainsi, la « scène du droit » est capitale. Elle permet aux individus de faire le récit, *après coup*, de ce qui a eu lieu, de lui donner un sens ; elle leur permet de comparaître, de rendre compte d'une situation qui *n'est pas* déjà donnée, donc de la réfléchir et de la re-présenter. Ce faisant, elle leur permet d'exister véritablement en tant qu'auteurs, c'est-à-dire comme individus responsables, comme citoyens qui répondent de leurs actes devant la loi.

Il faut insister ici sur l'idée que la scène du droit *permet* des choses que la justice algorithmique ne permet pas. En effet, dans le droit tel que nous le connaissons jusqu'à l'introduction de procédures numériques, tout n'est pas donné par avance. Le temps de la procédure judiciaire est précisément un temps dans lequel un ensemble de significations vont être affectées : au moment de la qualification des faits, de la recherche des lois sous lesquelles ils tombent, dans la mise au point du sens des concepts en jeu dans ces lois, et enfin dans la formulation de la décision finale qui énonce la manière dont seront appliquées ces lois. Il y a du jeu, de la discussion et de la délibération, donc de la place pour de l'interprétation, et même des conflits d'interprétation, avec les luttes de pouvoirs afférentes pour en faire triompher certaines plutôt que d'autres. La « scène du droit », comme l'appelle Antoinette Rouvroy, est un « lieu d'épreuve herméneutique »⁷⁶⁵, avec ses hésitations, ses lenteurs, ses lourdeurs, ses erreurs aussi. Or, toutes ces choses que l'on reproche parfois au droit sont justement ce qui, au contraire, aménage des espaces et des latences qui permettent que les individus y construisent du sens et s'y construisent eux-mêmes. En outre, ajoute-t-elle, le moment-clef du procès doit aussi être compris comme un « moment d'hésitation ou de suspension essentiel à l'initiation du processus réflexif de mise à l'épreuve de la loi »⁷⁶⁶. Le droit n'existe pas sans sujet de droit et inversement, le

⁷⁶³ Antoinette Rouvroy, « Pour une défense de l'éprouvante inopérationnalité du droit face à l'opérationnalité sans épreuve du comportementalisme numérique », *art. cit.*, p. 130.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 142.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 143.

sujet de droit existe dans le rapport à la loi qu'il construit lui-même. L'expérience du droit se fait aussi, par exemple, dans les moments où l'on résiste à la loi, où l'on éprouve des difficultés à la mettre en œuvre, où l'on doute d'elle, ou encore dans les moments où la loi vient protéger ou réparer. Le droit nous convoque à la réflexion, à la nécessité de prendre position par rapport à lui, en pour comme en contre, et c'est précisément cela qui fait de nous des sujets libres.

À l'inverse, dans la gouvernementalité algorithmique, comment s'opposer ? Comment prendre position face à quelque chose qui ne cesse de s'ajuster à nous, et selon des modalités qui nous échappent ? Les normes qui guident et régulent les comportements ne sont ainsi pas identifiables. Elles ne peuvent pas l'être car elles surgissent des comportements même des individus, pris dans un ensemble, dans une forme d'immédiateté et de spontanéité. L'individu n'en a pas – et ne peut pas en avoir – conscience, premièrement parce qu'il ne se pense pas de manière fractionnée, selon ses profils, et en second lieu parce qu'il n'a pas la perception de ce que font tous les autres individus dont les données sont collectées en même temps que les siennes. Dès lors, comment exister en tant qu'individu lorsque seuls des éléments de notre comportement sont pris en compte, sans que l'on sache lesquels ni pourquoi ceux-là, et comment agir en connaissance de cause avec des normes qui émanent de nous comme par magie et évoluent en temps réel ?

« La différence par rapport à la normativité juridico-discursive doit ici être soulignée : là où celle-ci était donnée, de manière discursive et publique, avant toute action sur les comportements, lesquels étaient donc contraints par elle, mais conservaient, au risque de la sanction, la possibilité de ne pas lui obéir, la normativité statistique est précisément ce qui n'est jamais donné au préalable, et qui résiste à toute discursivité, ce qui est incessamment contraint par les comportements eux-mêmes, et qui paradoxalement semble rendre impossible toute forme de désobéissance. »⁷⁶⁷

Dans la gouvernementalité algorithmique, on a affaire à une forme de « comportementalisme numérique »⁷⁶⁸ qui empêcherait à terme la constitution véritable d'un sujet réflexif. Les comportements des individus n'y sont plus à proprement parler évalués, mais ils sont intégrés à une base de calcul, qui s'affine et se perfectionne chemin faisant, et agit en retour sur l'environnement de ces mêmes individus. C'est en cela que leur capacité à exister comme sujet s'efface.

« La “puissance” des sujets tient à leur virtualité constitutive : jamais complètement contenus dans le “présent”, ils sont des processus, bien plus que des phénomènes, tendus entre souvenirs et projets, qui ne se cristallisent, pourrait-on dire, qu'aux moments où ils ont à rendre compte d'eux-mêmes sous l'effet d'une interpellation, d'où qu'elle vienne. C'est cette dimension virtuelle ou utopique de l'être humain [...] que le droit protège à

⁷⁶⁷ Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *art. cit.*, p. 183.

⁷⁶⁸ Antoinette Rouvroy, « Pour une défense de l'éprouvante inopérationalité du droit face à l'opérationnalité sans éprouve du comportementalisme numérique », *art. cit.*, p. 132.

travers une construction juridique de la réalité – la qualification notamment – qui est extrêmement sélective, à la différence du comportementalisme numérique. »⁷⁶⁹

Dans une certaine mesure, la gouvernementalité algorithmique remplit bien des exigences que les réalistes américains avaient formulées, et avant eux, les auteurs de la *Sociological Jurisprudence*, concernant ce que devait être le droit et l'exercice du droit. Elle peut tout à fait correspondre au désir de faire du droit un outil qui s'adapte aux évolutions sociales, morales, économiques et historiques de la société qu'il encadre, et qui ait fondamentalement un rôle d'ingénierie sociale, ce qui est au cœur de la pensée réaliste. Ce type de gouvernementalité propose une redéfinition de la justice comme « ajustement » permanent, comme le soulignent bien A. Garapon et J. Lassègue⁷⁷⁰. Cependant, on voit bien aussi comme cela s'éloigne de la pensée réaliste. Les réalistes n'ont aucunement le projet d'un droit purement adaptatif, qui s'auto-régulerait selon une « main invisible », et ils demeurent attachés à un modèle juridico-discursif qu'ils s'attachent à clarifier. Si l'on prend l'exemple d'un auteur comme Llewellyn en particulier, il n'est pas question chez lui de neutraliser le pouvoir interprétatif du juge, mais plutôt de comprendre les mécanismes, et de mesurer l'étendue d'une activité qui oscille entre science juridique et art de bien juger. S'il fallait classer les réalistes quant à leur conception du droit et de son utilité, on l'a vu, c'est du côté d'un pragmatisme et non d'un pur réductionnisme qu'il faudrait le faire.

Le second effet majeur du passage d'une gouvernementalité par le droit à une gouvernementalité algorithmique, c'est, selon Antoinette Rouvroy, un bouleversement de la manière dont s'exerce alors le pouvoir sur les sujets qu'il gouverne. On l'a vu, dans une telle gouvernementalité, les sujets n'existent plus vraiment : on s'adresse à leurs profils, on enregistre, surveille et anticipe leurs comportements, et les normes qui en émergent évoluent en permanence, de manière à s'adapter constamment à leurs comportements et leurs profils, plutôt qu'aux individus et à leurs désirs réels. Ainsi, écrit-elle :

« Le sujet de la gouvernementalité algorithmique est, de plus en plus, saisi par le “pouvoir”, non pas à travers son corps physique, ni à travers sa conscience morale – prises traditionnelles du pouvoir dans sa forme juridico-discursive – mais à travers les multiples “profils” qui lui sont assignés, souvent de manière automatique sur la base des traces numérisées de son existence et de ses trajectoires quotidiennes. »⁷⁷¹

Ce faisant, elle relie assez naturellement cette nouvelle forme de pouvoir à ce que Foucault visait déjà sous le concept de « dispositif de sécurité », notamment dans le cours au Collège de France intitulé

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 147.

⁷⁷⁰ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, *op. cit.*, p. 316.

⁷⁷¹ Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *art. cit.*, p. 174-175.

*Sécurité, territoire, population*⁷⁷². Elle cite notamment ce passage, qui convient effectivement en tous points à la gouvernementalité algorithmique, et qui rappelle que le fonctionnement et le but d'un dispositif de sécurité,

« c'est de ne prendre ni le point de vue de ce qui est empêché, ni le point de vue de ce qui est obligatoire, mais de prendre suffisamment de recul pour que l'on puisse saisir le point où les choses vont se produire, qu'elles soient souhaitables ou qu'elles ne le soient pas. [...] La loi interdit, la discipline prescrit et la sécurité, sans interdire ou sans prescrire [...] a essentiellement pour fonction de répondre à une réalité de manière à ce que cette réponse annule cette réalité à laquelle elle répond – l'annule, ou la limite ou la freine ou la règle. C'est cette régulation dans l'élément de la réalité qui est [...] fondamentale dans les dispositifs de sécurité. »⁷⁷³

Prise en ce sens, la gouvernementalité algorithmique, appliquée à la justice, se présente bien comme un projet qui n'en est pas vraiment un, puisqu'il ne poursuit pas de finalité précise, mais vise plutôt à réguler et fluidifier des phénomènes, des hommes, des marchandises, entendus comme des flux, dans un changement et dans un mouvement permanents. Les phénomènes récents de mondialisation et de massification des flux de personnes, d'objets et d'informations, créent des effets parfois difficilement prévisibles et posent des problèmes d'autant plus ardues qu'ils ne peuvent être facilement circonscrits et localisables. Les difficultés à prévoir et anticiper ces mouvements ont en effet provoqué une plus grande part d'incertitude dans le monde, faisant naître cette idée que nos techniques traditionnelles n'étaient plus en mesure de les maîtriser suffisamment.

La possibilité de passer à un nouveau type de gouvernementalité, qui ne reposerait plus sur le droit tel que nous le connaissons, mais sur une forme radicalement autre de normativité, engagerait des transformations colossales quant à la définition même du droit, sa fonction, la manière dont il opère et la façon dont les individus peuvent s'y rapporter. Avant toute chose, cela engagerait, d'un point de vue moral et politique, une toute nouvelle manière de penser le droit, non plus sous l'angle de la légitimité des normes validées par un système juridique stable et hiérarchisé, mais bien plutôt sous l'angle de la performance et de l'opérationnalité. Il s'agirait d'épouser le réel tout en le formatant, ce qui ne va pas sans contradiction. Ce serait une rupture considérable avec plusieurs principes clefs du droit tel qu'il est établi : en particulier celui selon lequel la loi s'adresse à des citoyens – c'est-à-dire à des personnes dotées d'une identité, d'une conscience et comme telles capables de s'en reconnaître comme les auteurs et d'en répondre devant la loi –, s'applique à des faits passés qu'elle évalue au crible des textes qui la constitue, et celui selon lequel la loi est édictée de manière publique et accessible de telle sorte que les citoyens puissent librement s'y conformer ou

⁷⁷² Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, op. cit.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 48-49.

lui désobéir. Le premier point renvoie au fait que ce ne serait plus véritablement la réalité des actes qui serait pris en compte, évalué et auquel on répondrait, mais plutôt la virtualité des comportements. On prendrait en compte la tendance de tel type de profil à faire, à être, à se comporter de telle ou telle manière, plutôt que la manière réelle de faire, d'être et de se comporter d'une personne. On s'intéresserait à ses potentialités davantage qu'à ses actes effectifs. Le second point renvoie à l'idée qu'on ne chercherait pas à imposer des normes dont on juge collectivement qu'elles doivent primer dans le comportement des individus, mais on s'attacherait à anticiper les comportements des individus et à les ajuster à certains objectifs (fluidité, rapidité, etc.) par le biais de normes mouvantes et elles-mêmes ajustables. Cela n'est pas sans conséquences. Ce recours à la méthode de l'« induction statistique s'écarte des ambitions de la rationalité “moderne” qui visait à comprendre et prédire les phénomènes en les reliant à leurs causes », et dispense « du “travail” ou de l'effort, coûteux en temps et en argent, d'éprouver, tester, expérimenter, interroger le monde physique pour lui faire “dire” les puissances, possibilités, potentialités qu'il recèle »⁷⁷⁴. Cette remarque d'Antoinette Rouvroy nous permet de souligner à quel point des catégories telles que la cause et l'intentionnalité ne seraient plus considérées comme incontournables, alors qu'on ne saurait s'en passer dans le domaine des sciences qui prennent pour objet l'action humaine, et *a fortiori* dans le domaine du droit, puisqu'il s'agit d'y juger l'action de l'homme. Elle ajoute :

« Nul besoin d'encore s'en remettre au témoignage, à l'aveu, à la confession, au discours d'expert ou d'autorité, ou au récit d'expérience. Nul besoin, non plus, pour anticiper ce qui peut advenir, de s'attacher à identifier les causes des phénomènes, ou encore les intentions des individus. *L'induction algorithmique dispense de tout effort herméneutique.* »⁷⁷⁵

Cette dernière phrase est capitale. C'est vers l'éviction progressive d'une approche herméneutique que l'on se dirige lorsque l'administration de la justice s'engage effectivement dans l'orientation numérique et en particulier algorithmique comme cela se dessine actuellement. Or toute procédure judiciaire participe, nous l'avons montré, d'une herméneutique, qui s'applique aussi bien aux faits, aux individus qu'au système juridique qui les prend en charge. L'intention au moment des faits, l'éventuelle préméditation, la lucidité de l'individu sont par exemple autant d'éléments centraux pour la qualification de ses actes devant une cour de justice et l'imputation d'une culpabilité. La connaissance de l'individu, l'enquête précise à son propos, parfois étendue à son entourage, et non pas une vague information sur ce qu'il est « en gros », font partie intégrante des procédures qui permettent de construire un jugement pour une affaire.

⁷⁷⁴ Antoinette Rouvroy, « Pour une défense de l'éprouvante inopérationalité du droit face à l'opérationnalité sans épreuve du comportementalisme numérique », *art. cit.*, p. 139.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, nous soulignons.

Si, au contraire, on s'engage dans une justice rendue par des processus d'induction algorithmique, est-il même encore possible de parler de jugement ? Car juger, c'est relier ensemble, selon des procédures logiques issues de la raison des idées ou des faits, ou encore des phénomènes entre eux, de manière à produire du sens et des connaissances. C'est aussi, dans un second temps, pouvoir évaluer ce qui ressort de cette première étape du jugement à l'aune de principes, de lois, qui permettent de fixer de manière critique leur signification : ce qui vient d'être jugé est valide ou non, juste ou injuste, légal ou illégal au regard de la loi, ou encore, bon ou mauvais au regard des règles morales. Or, dans le cas d'une induction statistique à partir d'algorithmes, où y a-t-il jugement ? Il n'y a pas à proprement parler de mise en relation des faits avec les règles logiques de la raison : il y a extrapolation de tendances et volonté de les anticiper pour pouvoir les ajuster les unes aux autres.

Il s'agit alors bien de l'apparition d'une nouvelle modalité du pouvoir. Il n'est plus question, classiquement, d'une normativité verticale mais horizontale. On régule, voire, on contrôle les individus, et cette régulation s'exerce dans un régime d'immanence sur lequel les individus ne peuvent avoir aucun recul dans le moment où ils agissent. Dans le domaine du droit, ce contrôle latéral pourrait agir à deux niveaux : d'une part celui des juges entre eux, d'autre part celui des citoyens qui consulteraient des simulateurs de résolution leur recommandant une marche à suivre sur des plateformes dédiées.

Du côté des juges en effet, commencent à apparaître des logiciels qui recommandent une solution ou qui informent un juge de ce que ses collègues font en moyenne pour des affaires qui semblent similaires⁷⁷⁶. Ainsi par exemple, le décret « Datajust », datant de mars 2020, entérine pour deux ans la création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, afin de créer un algorithme dont les objectifs sont :

⁷⁷⁶ Ceux-ci, on l'a vu, sont à l'état d'expérimentation pour le moment mais pourraient très facilement s'intégrer au logiciel Cassiopée que les tribunaux d'instance utilisent depuis 2008, et qui s'est généralisé aux cours d'appel et aux cabinets d'instruction à partir de la fin 2019. Ce logiciel comprend pour chaque dossier des données relatives à l'état civil et aux faits de l'affaire en question ; il comprend également des trames de décisions que les juges peuvent utiliser pour rédiger leurs écrits. Cassiopée peut en effet s'interconnecter avec d'autres logiciels. Cela est notamment le cas avec le logiciel APPI (Application des peines, probation, insertion) utilisés par les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) qui accompagnent les personnes placées sous main de justice (PPSMJ), les évaluent quant à leur dangerosité et potentielle récidive, assurent la gestion et l'application des peines en milieu ouvert comme fermé, et travaillent à leur réinsertion. Les SPIP ont notamment en charge le très controversé DAVC (diagnostic à visée criminologique) souvent lu comme un outil de fichage des individus. On peut lire à ce propos ce qu'en relate I. Jablonka, dans son récit *Laëtitia* (Paris, Seuil, « Points », 2016, voir notamment p. 230-232 et 303-305). Tout en faisant le récit de la vie de cette jeune femme assassinée et dont le meurtre eut un retentissement national, il montre, en historien, comment les services de justice et de police français ont évolué, précisément dans les mois puis années qui ont suivi cette affaire. Le logiciel Cassiopée est également connecté avec le logiciel GENESIS (gestion nationale des personnes écrouées pour le suivi individualisé et la sécurité). Ces logiciels recueillent nombre de données et alimentent la statistique pénale du Ministère de la Justice. Il existe en effet un service statistique du Ministère de la Justice. On peut consulter à ce sujet le site du CNIS (Conseil national de l'information statistique, <https://www.cnis.fr/>) et celui du Ministère de la Justice à la page de la publication Références Statistiques Justice (<http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/references-statistiques-justice-12837/>) (Sites consultés le 27/10/21).

« 1° La réalisation d'évaluations rétrospectives et prospectives des politiques publiques en matière de responsabilité civile ou administrative ;
2° L'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels ;
3° L'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges ;
4° L'information ou la documentation des juges appelés à statuer sur des demandes d'indemnisation des préjudices corporels.
A ces fins, l'algorithme recense les montants demandés et offerts par les parties, les évaluations proposées dans le cadre de procédures de règlement amiable des litiges et les montants alloués aux victimes pour chaque type de préjudice [...]. »⁷⁷⁷

Bien entendu, le juge a toute latitude pour décider de s'écarter, ou de s'appuyer sur les solutions qui lui sont proposées par les algorithmes d'aide à la décision. L'algorithme ne peut en aucun cas suffire à motiver sa décision. En revanche, il est censé contribuer à permettre une meilleure connaissance du droit tel qu'il se fait, et rappelle pour ainsi dire les us et coutumes de l'institution, d'une manière neutre et explicite. Le juge ne se fonde plus sur le sentiment de ce que ses collègues font, sur son intuition de la norme en la matière : elle se trouve exposée préalablement à son jugement. Dans le cas du chiffrage des indemnisation des préjudices corporels, des référentiels et des barèmes existent déjà. L'algorithme ne fait que montrer comment ces référentiels et ces barèmes sont couramment utilisés et appliqués. Cela étant, soulignent A. Garapon et J. Lassègue,

« il ne s'agit pas d'une jurisprudence et [cette] forme de contrôle n'épouse ni les formes des réformations par l'appel, ni celle du contrôle hiérarchique. Il s'agit plutôt d'un contrôle latéral, sans fondement juridique ni formalisme symbolique, exercé directement sur l'esprit du juge agissant sur la crainte – ou à l'inverse sur le désir malsain – de se distinguer. »⁷⁷⁸

Le problème que les auteurs relèvent est double. D'abord, les solutions possibles que les outils statistiques offrent au juge ne sont que des *modèles* de solution, issus de la statistique, et non d'un raisonnement judiciaire. Elles ne sont pas réelles en ce sens qu'elles ne sont pas forcément ce que les collègues d'un magistrat jugeraient s'ils étaient confrontés à la même affaire. Elles sont une moyenne de ce que jugent ses collègues dans des cas analogues, avec toutes les limites que le raisonnement par analogie peut avoir. Dès lors, quel statut donner à ces outils qui ont une influence normative sur le raisonnement judiciaire tout en n'étant pas issus d'une normativité juridique ? On aboutit à un problème similaire à celui que soulignent les positivistes juridiques lorsqu'ils critiquent les théoriciens et praticiens du droit qui acceptent d'incorporer dans leurs raisonnements des données morales ou politiques qui sont par nature étrangères au droit. On en revient alors à la question

⁷⁷⁷ Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust », JORF n°0077 du 29 mars 2020, article 1.

⁷⁷⁸ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, op. cit., p. 279.

kelsénienne de la pureté du droit qui est au cœur du débat entre jusnaturalistes et positivistes.

Ensuite, le second problème qui se pose est celui de la pression que risquent d'exercer ces moyennes sur la pensée des juges. A la fois, cette pression est bénéfique car elle agit comme un facteur de cohérence des décisions judiciaires, gage d'égalité pour les justiciables. Cela rejoint l'idée défendue par Dworkin selon laquelle les interprétations judiciaires que ne manquent pas de conduire les juges doivent être menées en ayant toujours à cœur d'œuvrer à l'intégrité et à l'unité du droit, de sorte que chaque décision puisse être comprise comme s'intégrant logiquement à un ensemble de décisions cohérentes et homogènes qui s'inscrivent dans une histoire. Mais aussi, cette pression vers une attitude cohérente peut virer à la standardisation et au conformisme et agir comme « un inhibiteur de nouveauté et de changement ». On touche ici, au fond, à l'autonomie du juge et, plus largement, à l'indépendance de la justice. On se retrouve à mille lieues de ce « sens de la situation » cher à Llewellyn⁷⁷⁹ qui guide selon lui toute bonne décision judiciaire, et qu'on peut comprendre comme la capacité à donner du sens aux différentes circonstances, juridiques comme non juridiques, qui entrent en ligne de compte dans une affaire. Ce sens de la situation, qui résulte de la compréhension et de la pondération des différents éléments d'une affaire, est toujours aussi une création : il s'agit chaque fois de répondre à des faits singuliers, qui nécessitent une décision elle-même singulière, quand bien même cette décision aurait de multiples similitudes avec d'autres affaires et s'inscrirait dans une tendance moyenne des juges à répondre de la sorte. La tendance, la moyenne, ou la fourchette que proposent les logiciels lorsqu'ils recommandent une solution à un litige, ou un montant de pension compensatoire par exemple, ne sont pas des réponses qui existent véritablement dans la réalité judiciaire. Si un montant de pension compensatoire s'élève pour un type d'affaire en moyenne à 10 000 euros, il est fort possible qu'aucun juge n'ait jamais fixé cette somme, mais que plusieurs juges aient retenu des sommes supérieures ou inférieures, dont la moyenne est celle-ci. Une moyenne de 10000 euros peut être obtenue avec des montants fixés entre 2000 et 3000 euros d'une part, et environ autant entre 17000 et 18000 euros d'autre part, et dans ce cas, le chiffre moyen de 10000 euros aura assez peu de sens. Autrement dit, une moyenne ou un calcul mathématique n'est pas une norme juridique sur laquelle peut se fonder un raisonnement judiciaire, et il n'est pas toujours sûr que cette moyenne et ce calcul aient même un sens juridique. Il ne faudrait pas se tromper sur le sens des exigences des réalistes américains, lorsqu'ils demandent plus de réalisme. Le réalisme juridique ne vise pas à faire en sorte que les juges se laissent dicter leurs décisions par les faits, et *a fortiori* par des données, mais à expliquer ce qui se passe réellement dans le raisonnement des juges.

⁷⁷⁹ Cette notion est thématifiée en particulier dans *The Common Law Tradition : Deciding Appeals* et dans *The Bramble Bush*.

Du côté des justiciables, pour qui il devient petit à petit possible de consulter des plateformes de résolution de conflits qui leur indiquent l'issue probable de leur affaire, on peut remarquer des mécanismes similaires à ceux que l'on vient d'observer chez les juges. D'une part, et c'est une bonne chose, ces propositions de solutions et les recommandations qui en découlent peuvent permettre aux justiciables de décider de l'opportunité ou non de se lancer dans une procédure, en fonction de leurs chances d'obtenir gain de cause. Cela peut leur permettre aussi de jauger si, en fonction du temps, de l'énergie, et des frais que cela pourrait générer, ils ont un intérêt à engager une procédure. Cela peut enfin leur donner une indication claire sur la manière de mener les procédures, et même sur le type de procédure à enclencher. Mais d'autre part, on retrouve la même problématique d'un contrôle horizontal, qui s'impose de manière implicite, sous la forme d'une pression insensible, comme une sorte de censure de tout comportement qui s'écarterait de la « norme » dégagée. En effet, pour qui verrait que dans 80 % des cas, une affaire similaire à la sienne est jugée dans un sens qui ne lui convient pas, il y a fort à parier qu'il n'engagerait pas de suites. Si, ce faisant, les justiciables ont l'illusion de contrôler leur destin, et d'agir en toute liberté, en réalité, ils ne font qu'activer l'effet performatif des prédictions qui leurs sont fournies, quand bien même, avec toutes les précautions et nuances d'usage, elles seraient présentées comme de simples probabilités qui ne donnent aucun gage de l'issue réelle d'une procédure ou d'un procès. L'impact cognitif de telles annonces est évidemment très important, en particulier pour des citoyens qui ne sont pas experts en la matière et n'ont pas en main d'éléments objectifs leur permettant d'analyser et de relativiser le poids de ces chiffres. Ainsi, écrivent A. Garapon et J. Lassègue :

« Les justiciables auront le sentiment d'avoir gardé la maîtrise de leur affaire et d'avoir échappé à une décision contraignante prise par un juge, d'avoir été en quelque sorte les co-auteurs des décisions qui les concernent, mais en vérité, ils sont devenus le lieu même de la normalisation. Il s'agit du comble de la contrainte puisqu'elle s'impose à eux avec leur consentement. »⁷⁸⁰

Ce contrôle horizontal qui s'exercerait tant sur les juges que sur les justiciables serait ainsi d'autant plus difficile à contourner qu'il serait difficilement identifiable parce qu'imperceptible. Comment résister à un déterminisme dont on n'a aucune conscience ? Comment considérer que l'on a bien agi, ou bien décidé, ou encore bien jugé, si finalement une seule et unique solution se dessine ? Car il ne peut y avoir de bonne voire de « meilleure décision », pour reprendre le mot de Dworkin, que s'il existe d'autres solutions, également acceptables, mais moins bonnes, ou efficaces, ou cohérentes, au regard de certains critères. Enfin, les justiciables ne seront-ils satisfaits, au bout du compte, que s'ils ont obtenu au moins ce que prévoyait la plateforme de résolution de litiges ?

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 282.

N'auront-ils pas tendance à être déçus s'ils n'obtiennent pas le maximum de ce qu'ils pouvaient escompter ou s'ils sont déboutés de leur demande ? Mais que souhaitent-ils vraiment ? Qu'est-ce qu'attendent les juges et les justiciables de la justice ?

IV. Que veulent les juges et les justiciables ?

C'est une question essentielle, et il est étonnant de constater qu'elle passe souvent au second plan. Contre toute attente, les différents rapports que nous avons évoqués suivent souvent une logique qui consiste à se demander, par exemple, comment faire avec les nouveaux outils prédictifs qui voient le jour, comment juguler les risques qu'ils entraînent, comment tirer profit de l'*open data* judiciaire sans pâtir des dangers de la manipulation de ces flux de données, etc. La numérisation de la justice est presque considérée comme un phénomène naturel inéluctable. Pourtant, comme le souligne Pascale Deumier, « il est peut-être possible de se demander quel modèle de justice l'on souhaite promouvoir grâce à ces développements au lieu de laisser les algorithmes imposer de fait leur modèle de justice ». On pourrait renchérir : cela semblerait plus raisonnable et souhaitable.

Ces réflexions de fond semblent plus que jamais nécessaires. À notre connaissance, il n'y a qu'une enquête de terrain récente qui ait été menée auprès des magistrats concernant les modes algorithmiques d'analyse des décisions (MAAD) et leur manière de se les approprier. On la trouve dans le rapport effectué par la mission de recherche Droit et Justice, sous la conduite de Lêmy Godefroy⁷⁸¹. Effectuée entre juin 2018 et mars 2019, elle a sollicité le premier président de la Cour de cassation, les présidents de toutes les Cours d'appel, et ceux de tous les tribunaux de grande instance, dont les postes n'étaient pas vacants. Sur 197 magistrats interrogés, seuls 67 ont répondu, ce qui ne représente que 34 % des personnes sollicitées. Il semble que cela soit un nombre finalement assez faible pour tirer des conclusions définitives, d'autant qu'il resterait à démontrer que les avis émis par les présidents de ces différents tribunaux et cours soient le reflet exact des avis des magistrats qui travaillent dans ces juridictions. On peut supposer en effet qu'il existe, au sein des différents tribunaux et cours, des divergences importantes entre les magistrats, que les présidents peuvent difficilement représenter par leur seule voix. Si cette enquête donne des pistes intéressantes, elle

⁷⁸¹ Lêmy Godefroy, « Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser », *art. cit.*, p. 85-110.

appelle à être complétée par des investigations plus étendues et peut-être, plus systématiques.

Six items de questionnaire ont été fournis aux magistrats. D'abord, il leur a été demandé un avis global sur les MAAD. Il en ressort que pour « la majorité des magistrats (85 %), l'avis est globalement favorable »⁷⁸². Mais cet avis ne va pas sans conditions – encadrement, restrictions d'usage et de champ – et ne manque pas de souligner les dangers potentiels et les points de vigilance (privatisation de la justice, risque de déshumanisation et tendance à figer les décisions). 10 % y sont néanmoins totalement défavorables et estiment ces outils globalement inadaptés. Les 5 % restants, quant à eux, estiment que les MAAD sont d'ores et déjà mis en œuvre et qu'il n'est désormais plus question de les accepter ou de les refuser, mais de conditionner leur utilisation. Parler d'un avis globalement favorable ne signifie pas ici, semble-t-il, un engouement des juges. Ils sont assez circonspects sur l'utilisation de ces MAAD, même s'ils ne les refusent pas par principe et reconnaissent qu'ils peuvent constituer un point d'appui. Il n'en reste pas moins que le rappel de la secondarité de ces outils est systématique : ils ne sont pas au cœur de l'activité judiciaire et ne sauraient l'être, au nom de la liberté d'appréciation du juge et de la singularité de toute affaire. Ces outils pourraient en outre faire courir de graves dangers aux justiciables s'ils n'étaient pas étroitement contrôlés par les juges eux-mêmes.

Il leur a été ensuite demandé de se prononcer sur le domaine d'application des MAAD. Les magistrats s'accordent à dire qu'ils ne peuvent être efficaces que sur des affaires assez simples, répétitives, à propos desquelles de nombreuses données sont disponibles, c'est-à-dire là où les critères de jugements sont très factuels, facilement quantifiables et objectivables. En particulier, les magistrats citent des domaines tels que le chiffrage des indemnités en cas de préjudice corporel, des indemnités de ruptures de contrat, ou encore des pensions alimentaires ou compensatoires. Autrement dit, les MAAD demeurent des outils parmi d'autres que les juges peuvent utiliser et se voient réservés à des domaines très techniques, où les affaires présentent peu de singularités.

En troisième lieu, les juges ont été interrogés quant à leur point de vue sur le risque d'effet performatif des MAAD. Pour 40% des juges, ce risque est bien réel. La Cour d'appel d'Angers évoque « une forte menace de sclérose du système », celle de Caen parle du danger d'une « uniformisation de la pensée judiciaire », et le tribunal de grande instance d'Amiens souligne que le risque est de « renforcer la sociologie juridictionnelle », et « d'énoncer une réalité qui favorise la répétition, d'une jurisprudence prisonnière du passé qui ne favorise ni son évolution ni sa réforme »⁷⁸³. Les termes et expressions employés sont assez forts. Pour 60 % des autres magistrats

⁷⁸² *Ibid.*, p. 91.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 93.

qui ont répondu, cet effet performatif existe bel et bien mais pourrait être contourné moyennant certains aménagements (par exemple l'inscription au débat avec les parties des résultats donnés par les MAAD, des mesures renforçant la collégialité), et puisque les juges ont de toute façon à motiver la décision qu'ils prennent et que les résultats des MAAD, de même que les barèmes et référentiels avant eux, ne peuvent juridiquement suffire à l'étayer. Lémy Godefroy conclut sur ce point en indiquant que « pour 52 %, il est admis que les résultats des MAAD, par leur portée simplement indicative, laisse au juge la liberté de leur résister ». La formulation peut retenir l'attention : les MAAD exerceraient quoiqu'il en soit une forme de contrainte sur l'esprit des juges, de laquelle certes ils peuvent se dégager, mais qui leur demande malgré tout un effort de résistance. Et si 52 % pensent que cette liberté demeure, les 48 % restant n'en sont donc pas convaincus.

Quatrièmement, les juges ont eu à réfléchir à l'éthique et à la déontologie qui doivent être attachées à ces nouveaux outils. La cour de cassation s'est par exemple exprimée longuement sur la nécessité que les outils proposés ne reposent pas uniquement sur une compilation de décisions passées, c'est-à-dire sur le principe du précédent, qui, s'il est central dans les pays de *common law*, n'est pas adapté aux systèmes de droit civil. Les normes écrites et les interprétations de la jurisprudence doivent être pleinement prises en compte. Une majorité de cours et de tribunaux estime en outre qu'il faudrait construire une instance étatique de contrôle et de certification ou labellisation des algorithmes. Il faudrait s'assurer de la transparence des algorithmes et donc de la possibilité de les critiquer, de les corriger, mais également s'assurer de leur fiabilité technique et de leur indépendance par rapport à des intérêts extérieurs. Ainsi le tribunal de grande instance de Lille imagine la création de « commissaires aux algorithmes », comme il existe déjà des commissaires aux comptes⁷⁸⁴.

En cinquième lieu, les juges ont répondu à des questions relatives à la responsabilité qui pouvait être imputée aux MAAD, ou aux concepteurs ou à l'État, en cas de défaillance d'un outil de justice quantitative, soit d'un point de vue technique, soit parce qu'il serait détourné de son usage. Ils concluent dans tous les cas à la nécessité de laisser ces outils au seul usage des professionnels, capables de les utiliser à bon escient, de les pondérer, et de ne pas les ouvrir au public.

En dernier lieu, les magistrats ont expliqué leur position concernant l'utilisation des MAAD dans la résolution des litiges, en répondant notamment à des questions sur la possibilité de créer une juridiction dédiée à cette utilisation et sur la possibilité de faire appel de ces décisions. La plupart d'entre eux s'accordent à dire qu'ils peuvent être utiles, quoique ne jouant pas un rôle décisif, et doivent toujours être sous contrôle d'un juge. Le tribunal de grande instance de Poitiers utilise une

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 97.

analogie évocatrice avec le domaine médical pour faire comprendre cette idée :

« une analyse sanguine, aussi complète et poussée fût-elle, ne peut être correctement interprétée sans un examen clinique, la connaissance des antécédents du patient, etc. Une approche individualisée de la problématique, avec une connaissance précise du contexte est indispensable au règlement d'un litige. »⁷⁸⁵

Enfin, les juges sont unanimes sur le fait que les usagers potentiels de ces règlements de litiges numériques devraient conserver un droit absolu de faire appel de la décision rendue. Ceux-ci ne doivent pas se voir conditionner cette possibilité à la nécessité de démontrer la singularité de leur cas au vu du traitement algorithmique qui en a été fait, car cela reviendrait, selon la Cour d'appel de Paris, à « admettre une “solution algorithmique” des conflits par les tribunaux, ce qui serait la négation même du rôle du juge » et à donner aux outils de justice quantitative « une force obligatoire devant les tribunaux »⁷⁸⁶. Le tribunal de grande instance de Mont de Marsan formule très bien à son tour cet impératif, dans des termes empreints d'accents réalistes :

« Il semble nécessaire de préserver la possibilité de contester le fond même de la décision en raison d'une évolution sociétale ou juridique qui permettrait de remettre en cause le résultat auquel aboutit la décision numérique. [...] Les itérations et corrélations dans les décisions de justice préalables mises en formules mathématiques par ce type d'outil devraient pouvoir être remises en cause, en présence d'éléments d'espèce de nature à biaiser le résultat, ou encore en raison d'évolutions diverses, sociétales ou juridiques, qui justifieraient de s'affranchir des décisions antérieures. »⁷⁸⁷

Que peut-on conclure de cette enquête ? Si les magistrats ne sont pas farouchement opposés à l'introduction de procédures numériques dans leur travail et en particulier à l'utilisation d'outils prédictifs d'aide à la prise de décision, et s'ils ne semblent pas avoir, pour la plupart, d'opposition de principe, ils n'en font pas un élément fondamental des réformes de justice à venir. Il semble y avoir un décalage important entre ces praticiens quotidiens de la justice d'une part, et d'autre part les acteurs politiques tenants du tout numérique. Ces derniers font de ce tournant technique essentiel des XX^e et XXI^e siècles la pierre angulaire d'une refonte de la justice, comme en témoignent les orientations prises par la loi de 2016 pour une République numérique, dans les articles consacrés à cette question. Dans l'esprit de cette loi, le numérique et les outils qu'il crée pourraient contribuer à pallier le manque de moyens humains et financiers, résoudre l'engorgement des tribunaux, et aider à rétablir la confiance des citoyens dans ce service public essentiel. Il est toutefois permis d'en douter si, comme le soulignent les juges, les outils numériques ne tiennent qu'une place mineure et inessentielle dans leur travail. Ils les aident, oui, mais ne décident pas à leur place, et ne remplacent pas les collègues

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 99.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 100-101.

que les magistrats appellent instamment de leurs vœux depuis maintenant des années.

Des états généraux de la justice ont été ouverts en octobre 2021, pour une durée de 120 jours, et ont eu pour objectif de répondre à la crise chronique que traverse la justice française. Le Président Macron, en ouvrant ces états généraux, a parlé d'une défiance généralisée à l'égard de la justice. Ainsi a-t-il déclaré :

« avec les deux plus hauts magistrats du pays, nous avons partagé le constat de la perte de confiance et de la remise en question régulière dans les débats publics de notre justice. Avec des attaques parfois, je dois bien le dire, dont la véhémence est mauvaise à tous égards pour la démocratie. Si vous avez souhaité, Madame la première présidente, Monsieur le procureur général, me rencontrer il y a quatre mois avec le garde des Sceaux, c'est que nous faisons le constat commun qu'il y avait, selon vous, urgence à renouer le lien entre la justice et ceux au nom desquels elle est rendue, à savoir les Français. »⁷⁸⁸

Ce qui est intéressant dans ce discours d'ouverture, c'est que ce constat alarmant est d'emblée relié, outre à un défaut de moyens que le Président affirme avoir essayé de rattraper lors de son quinquennat en listant les dispositions prises à cet effet, à un retard technique dans les outils mis à la disposition des fonctionnaires de justice : « Il faut être lucide, nous avons mis trop de temps à moderniser nos systèmes d'information, notre numérisation ». Il cible ensuite les deux fronts sur lesquels selon lui ces états généraux auront à se pencher. Le premier est celui de la « restauration du pacte civique entre la nation et la justice [...]. C'est ce lien qu'il nous faut densifier, le pacte Justice-Nation qu'il nous faut restaurer ». Le second « est celui de la justice comme service public. En effet, si nous sommes arrivés à ce niveau parfois de défiance [...] c'est parce que la justice ne parvient pas aujourd'hui à remplir [...] auprès de nos concitoyens le rôle qui doit être le sien : trancher rapidement les conflits qui émaillent la société »⁷⁸⁹. Ainsi, la croyance dans les vertus de la numérisation est très forte et nous interroge sur le rapport que de manière générale les hommes entretiennent au progrès technique. Il reste que les demandes, voire les revendications des fonctionnaires de justice au sens large (greffiers, auxiliaires de justice, etc.) semblent bien peu prises en compte et que le débat de fond auquel tous appellent instamment, praticiens comme universitaires, aurait tout intérêt à se tenir avec humilité, sans présager des types de moyens et de solutions à apporter.

Qu'attendent, de leur côté, les justiciables ? Ils souhaitent, bien entendu, un traitement juste, égal et efficace de leurs affaires, dans des temps acceptables, par des professionnels qui prennent en compte la dimension humaine des situations parfois délicates qui sont portées en justice. Mais une fois que l'on a affirmé cela, on se rend bien compte que cela reste très insuffisant et inopérant, et que

⁷⁸⁸ Discours du Président de la République à l'occasion du lancement des états généraux de la justice, prononcé le 18 octobre 2021 à Poitiers. En ligne : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/10/18/etats-generaux-justice> (consulté le 29/10/21).

⁷⁸⁹ *Ibid.*

d'un type d'affaire à l'autre, les besoins sont très différents, et peut-être même incommensurables. Notre objet n'est pas ici d'essayer de décrire avec exhaustivité toutes les attentes citoyennes, ce qui de toutes façons relèverait davantage d'un travail sociologique et politique. Il est néanmoins possible, pour terminer notre étude, de raisonner à partir d'un exemple contemporain, pour tenter de mesurer les enjeux de ces attentes, au-delà des exigences bien logiques d'impartialité, de justice, d'égalité et de rapidité de traitement.

Un grand chantier de réflexion s'est ouvert, dans le domaine des infractions sexuelles, et du viol en particulier, à la fin des années 2010. Le mouvement #Metoo qui fait suite à l'affaire Weinstein aux Etats-Unis a été de grande ampleur et a eu un grand retentissement en France en se muant en #Balancetonporc à l'automne 2017. Dans le contexte français, il faut signaler deux affaires qui avaient secoué l'opinion publique, mettant en cause des hommes majeurs, l'un de 28 ans accusé du viol d'une fillette de 11 ans et l'autre de 22 ans pour le même motif sur une fillette du même âge. Le premier avait été condamné par le Parquet du tribunal de Pontoise non pas pour viol mais pour une simple agression sexuelle, après requalification. Les faits d'une relation sexuelle avaient été établis, mais pas ceux d'une absence de consentement. Le second accusé avait quant à lui été acquitté par la Cour d'assises de Seine-et-Marne pour des raisons similaires. Ces affaires ont suscité, politiquement, socialement et médiatiquement, beaucoup d'émotions et des critiques virulentes. Ce contexte particulier a remis sur le devant de la scène la question sensible du traitement judiciaire des affaires de viol. La sociologue Véronique Le Goaziou y a consacré une étude récente, qui met à jour et centralise une grande part des données qui existent actuellement sur cette question⁷⁹⁰. Elle souligne d'emblée que nous en savons bien peu sur les phénomènes de violences sexuelles en France, même si des enquêtes d'envergure commencent à être conduites⁷⁹¹. Nous en savons par ailleurs tout aussi peu du traitement judiciaire et en particulier pénal des affaires sexuelles et de la manière dont les dossiers sont traités. Malgré ce manque de connaissance de ce qu'il en est réellement en matière de traitement judiciaire des affaires de violences sexuelles, la justice est montrée du doigt, taxée de bienveillance et de laxisme sur ces questions. Les chiffres qui motivent ces critiques sont en effet alarmants, mais encore faut-il se donner les moyens de les expliquer : comment se fait-il que seuls 10 % des viols fassent l'objet

⁷⁹⁰ Véronique Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice ?*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2019.

⁷⁹¹ On pense notamment aux les enquêtes de l'équipe VIRAGE, associée à l'INED, dont on trouve les rapports et les publications à l'adresse <https://virage.site.ined.fr/fr/> ; aux bilans annuels statistiques sur l'insécurité et la délinquance du Ministère de l'Intérieur, disponibles sur le site <https://www.interieur.gouv.fr/Interstats/Actualites> ; au rapport écrit par Sophie Auconie et Marie-Pierre Rixain, *Mieux protéger les victimes. Mieux réprimer les crimes de viol*, Assemblée nationale, rapport d'information, 721, février 2018. En ligne : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ega/115b2396-ti_rapport-information. Il faut également citer la première enquête de ce genre en France, dirigée par Maryse Jaspard, *L'Enquête nationale sur les violences envers les femmes en France*, dite ENVEFF, dont on peut consulter un résumé des méthodes et des résultats obtenus. En ligne : https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/18735/pop_et_soc_francais_364.fr.pdf.

d'une plainte, que seuls 10 à 15 % de ces plaintes aboutissent à une condamnation, et qu'au final, il n'y ait que 1 à 2 % de viols déclarés qui soient condamnés aux assises (comme cela doit être normalement le cas puisqu'ils appartiennent à la catégorie des crimes et non des simples délits) ?⁷⁹².

V. Le Goaziou engage alors une réflexion en plusieurs étapes. Elle commence par montrer les spécificités du crime de viol, dont la dénonciation est pénible et souvent tardive du fait de l'atteinte à l'intégrité physique et psychique de la personne violée, et de la proximité qui existe souvent avec l'agresseur, ce qui en rend la preuve, nécessaire dans la procédure judiciaire, difficile à établir. Le but est de montrer que les insuffisances du traitement judiciaire des affaires de viols ne tiennent pas uniquement à un manque de moyens, de volonté ou à un manque de conscience de la gravité de ces faits, mais aussi aux caractéristiques propres à ce type de crime qui sont peu compatibles avec les principes du contradictoire et de la preuve dans un procès. V. Le Goaziou essaie ensuite de retracer le parcours des plaintes pour viol dans la chaîne pénale et de montrer les différentes issues qu'elles peuvent recevoir. Elle s'attache à conduire une analyse des dossiers judiciaires relatifs à ces affaires, c'est-à-dire d'essayer de percer à jour la manière dont, en pratique, les différents faits, éléments d'enquête, témoignages, expertises, etc., sont traités. Pour cela, elle s'appuie sur des enquêtes qui ont eu lieu dans quelques tribunaux et cherche à en faire la synthèse. Ce faisant, elle signale l'ampleur des investigations encore à faire. Elle termine son ouvrage en s'intéressant au sens que revêt le fait de déposer plainte pour les victimes, et aux attentes que celles-ci peuvent avoir quant au traitement de leur cas.

Elle tire de tout ce cheminement un certain nombre de conclusions. Avant tout, elle remarque qu'aucune enquête suffisamment étendue n'a été faite pour essayer de savoir ce que les victimes escomptent en s'inscrivant dans une procédure judiciaire. Elle ne prétend pas elle-même pouvoir l'affirmer, mais elle donne un certain nombre de pistes de réflexion qu'elle tire de l'étude concrète des dossiers judiciaires. Cela permettrait pourtant de mieux comprendre pourquoi une écrasante proportion de personnes ayant subi une infraction sexuelle ne porte pas plainte et surtout de savoir comment faire pour que ces personnes qui ne parviennent pas à entrer dans le circuit judiciaire puissent s'y insérer et y trouver réparation. Elle précise que les victimes ne sont pas toutes semblables dans leur rapport à ce qu'elles ont subi et dans les effets du viol sur leur personnalité, leur vie personnelle, sociale et professionnelle. En conséquence, ce qui les motive à porter plainte n'est pas uniforme et la finalité principale n'est pas nécessairement d'obtenir une condamnation ou l'emprisonnement des auteurs, contrairement à un préjugé courant : « il importe surtout que

⁷⁹² Préface de Antoine Garapon in Véronique Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice ?*, op. cit., p. 5-6, et *ibid.*, p. 46.

l'agression soit reconnue sur le plan moral par l'institution judiciaire »⁷⁹³. Les victimes vont vouloir aller plus ou moins loin dans la procédure, certaines vont la mener à terme, d'autres la laisser inachevée car elles auront entendu ce dont elles avaient besoin, un aveu ou une reconnaissance de culpabilité par exemple. Beaucoup affirment le faire non pas pour elles, mais pour éviter des récidives sur d'autres personnes par exemple. Dans les affaires conjugales notamment, la plainte sert souvent davantage d'avertissement ou de mesure de protection et elle n'est au fond qu'un moyen en vue d'autre chose. Ainsi souligne Véronique Le Goaziou, l'objectif de la plainte n'est souvent pas la peine que pourrait encourir l'auteur ; la plainte et la procédure qui s'en suivent sont plutôt le résultat d'un processus et déjà un accomplissement en soi. Beaucoup de victimes craignent d'ailleurs les peines très lourdes lorsqu'elles concernent un membre de leur famille ou de leur entourage proche.

Or, si les victimes attendent souvent une réparation symbolique et des effets thérapeutiques d'un procès, le procès ne poursuit cependant pas cette visée en tout premier lieu : il n'a pas pour but premier de reconnaître ou de réparer une victime, mais d'établir une culpabilité et de condamner en conséquence. Paradoxalement, il est davantage centré sur l'accusé que sur la victime. On peut tout à fait comprendre que les victimes y recherchent quelque chose de l'ordre d'une reconnaissance et d'une réparation, mais il est clair que le procès pénal ne peut l'offrir à lui seul. Cela incite à réfléchir à l'offre de justice : peut-on s'en tenir, pour des phénomènes de cet ordre, à une réponse essentiellement pénale ? Tout d'abord, il convient de remarquer que le système judiciaire ne peut sûrement pas répondre seul à un phénomène de cette ampleur : un travail de prévention sociale, des interventions systématiques dans les milieux éducatifs, notamment dans l'Éducation Nationale, encore peu investie, davantage d'accompagnements médicaux et psychologiques dédiés, des lieux d'écoute et d'aide sociale concrète pour des logements, des mesures de protection sont attendus. C'est ce que préconise d'ailleurs un récent rapport du Sénat sur ce problème⁷⁹⁴. Ceci nous ramène à la nécessité d'inscrire le droit, et la pratique judiciaire, dans un environnement plus vaste, social et politique. La pratique judiciaire ne peut en aucun cas être isolée, puisqu'elle est en elle-même sociale et politique. C'est ce qui fait qu'elle résiste en partie aux volontés de mathématisation et de numérisation. Dans le cas du viol et des violences sexuelles en général, on voit bien qu'il n'est pas possible de répondre à un phénomène social d'ampleur par un seul levier, surtout si ce levier s'avère extrêmement pénible pour les victimes. Véronique Le Goaziou attire l'attention sur le fait que

« s'engager dans une procédure pour viol est un pari risqué. [...] Notre analyse basée sur l'examen de dossiers judiciaires et sur les témoignages de personnes qui ont eu affaire à la justice laisse dans l'ombre toutes celles qui ne l'ont pas saisie. Le circuit pénal est une

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 140.

⁷⁹⁴ Sénat, Commission des lois, Groupe de travail sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs, *Dossier de presse*, 07 février 2018, cité par Véronique Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice ?*, op. cit., p. 143.

épreuve pour les victimes, une démarche incertaine qui peut les placer dans une position délicate et même les voir déboutées de leur demande. »⁷⁹⁵

C'est pourquoi, au sein de la justice elle-même, plusieurs pistes alternatives à la pénalisation seraient à explorer. On pourrait travailler à de possibles mesures, lorsque les victimes les souhaitent et que la situation s'y prête, qui iraient plutôt du côté d'une justice reconstructive⁷⁹⁶, avec des mesures de conciliation, de réparation ou de médiation. Des mesures de conciliation et de réparation existent déjà, mais hors du champ judiciaire (sauf pour les mineurs) dans le cadre de dispositifs thérapeutiques ou socio-éducatifs. Les mesures de médiation, quant à elles, existent dans le domaine judiciaire, mais sont réservées à des infractions de faible importance et n'interviennent pas dans les cas de crimes sexuels. Ces pistes ne font pas l'unanimité, et soulèvent des questions délicates : par exemple on sait peu de choses là encore sur la nocivité qu'il y a à ce qu'une victime entre en relation avec son agresseur, même de manière médiatisée et dans un but réparateur. Elles ont néanmoins le mérite d'ouvrir le débat, de proposer des solutions, qui pourraient éventuellement être expérimentées ou faire l'objet d'enquêtes plus fouillées. D'autant que, comme le remarque Antoine Garapon en préfaçant l'ouvrage de Véronique Le Goaziou, alors qu'un nombre infinitésimal de plaintes sont déposées puis traitées en assises, « les agressions sexuelles occupent déjà une part substantielle des activités des juridictions criminelles. Si ces dernières sont engorgées par un aussi petit nombre d'affaires, qu'en serait-il si ce chiffre – tout en restant très bas – venait à doubler, passant de 2 % à 4 % par exemple ? »⁷⁹⁷. La question se pose et incite à questionner les paradoxes – voire l'hypocrisie – qu'il y a entre le fait d'une part de « dénoncer avec force les violences sexuelles et d'accorder une faible place aux souhaits et aux désirs des personnes qui les subissent », et d'autre part entre le fait de mener une « dénonciation sans précédent des violences sexuelles et les piètres moyens que nous mettons à la disposition de celles et ceux qui veulent qu'on les en protège »⁷⁹⁸.

Dans un tel contexte, on voit mal comment les dispositifs numériques que nous avons étudiés précédemment pourraient être d'un quelconque secours. Toutefois, même s'il n'est pas envisagé pour le moment de les introduire, tels quels, dans le champ pénal en général, tant ils seraient inopérants, étant donnés la singularité des affaires qui le constituent et les besoins humains qui les caractérisent, il ne faut sûrement pas minorer leur utilité, leur rapidité, leur capacité à nous donner, dans certains domaines, une connaissance du droit « en action ». La numérisation de la justice peut être un moyen de moderniser la justice et de la rendre plus performante, mais les progrès et les solutions qu'ils

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 133.

⁷⁹⁶ Voir notamment Antoine Garapon, « La justice reconstructive », in Antoine Garapon, Frédéric Gros et Thierry Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 251-330.

⁷⁹⁷ Préface de Antoine Garapon in Véronique Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice ?*, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁹⁸ Véronique Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice ?*, *op. cit.*, p. 162-163.

peuvent nous apporter ne doivent pas être portés aux nues. Le progrès technique que ces nouveaux dispositifs permet ne doit pas être confondu avec les progrès politiques, moraux, et juridiques qui sont attendus. D'ailleurs, il y a une forme d'ironie dans cette tendance à s'en remettre, presque aveuglément, au tout numérique comme à un radeau dans la tempête. Pensons aux difficultés que les services de justice rencontrent pour réguler internet, les GAFA, etc. Quel sens y aurait-il à numériser sans frein une justice qui peine par ailleurs à freiner l'hubris numérique⁷⁹⁹?

Enfin, si des données chiffrées peuvent inspirer confiance et rassurer, elles ne permettent aucunement de réparer les individus en détresse que le système judiciaire ne manque pas de rencontrer, ou de les aider à se réparer. C'est bien plutôt d'un *récit* acceptable dont les individus ont besoin. Un récit qui permette à ces derniers de se réapproprier des faits passés (dans le cas de la justice pénale) et qui soit également à même de faire advenir officiellement et publiquement des faits dans le monde (dans les autres domaines de la justice). Un récit conduit d'une manière qui puisse convenir aussi bien aux justiciables qu'aux professionnels de la justice, qui épouse les évolutions sociales tout en mettant en œuvre le système de nos lois. En un mot, un roman du droit écrit avec la rigueur des mathématiques qui organise de manière *réaliste* les interactions entre les individus.

⁷⁹⁹ Voir sur ce point Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, op. cit., p. 329-335.

Conclusion

« *Le positivisme pour ainsi dire décapite la philosophie.* »
HUSSERL, *La crise des sciences européennes*⁸⁰⁰

La question de la naturalisation de la théorie de la décision judiciaire se pose aujourd'hui en France de manière urgente, puisqu'il est fortement question, au moins dans certains domaines du droit, de faire reposer la décision du juge sur des outils numériques, ou de proposer des plateformes de résolution de conflits juridiques entièrement numérisées. Ces nouveaux outils, qui s'appuient sur le traitement de bases de données judiciaires et juridiques extrêmement vastes, reposent sur une logique algorithmique qui suppose une naturalisation de ces données et du « raisonnement » numérique qui les organise. Concernant un secteur de la vie citoyenne aussi sensible et porteur d'autant d'attentes, une telle entreprise est-elle souhaitable ? Les promesses d'impartialité, de rapidité et d'efficacité peuvent-elles vraiment être tenues ? Et surtout, est-ce vraiment ce que les justiciables attendent de leurs juges ? Ainsi, alors que le dernier rapport⁸⁰¹ en date concernant la justice française confirme « l'état de délabrement avancé dans lequel l'institution judiciaire se trouve aujourd'hui », qu'il demande de toute urgence le recrutement de magistrats et constate qu'un véritable « point de rupture » a été atteint au point que cette dernière « ne parvient plus à exercer ses missions dans des conditions satisfaisantes »⁸⁰², est-ce d'un tournant numérique dans la justice dont nous aurions besoin ?

À l'égal du personnage de Simenon dans la *Lettre à mon juge*, on peut effectivement se demander ce que nous désirons vraiment, lorsque nos affaires sont jugées. Voulons-nous seulement une décision juste, ou bien désirons-nous un moment de justice ? Par moment de justice, on peut entendre un temps au cours duquel nous voulons être compris, victime comme accusé, c'est-à-dire que nos actes soient repris dans un récit plus général qui leur donne sens et valeur, individuellement et collectivement, et dont la décision n'est qu'un élément, qui n'est pas forcément d'ailleurs le plus important. Dans le roman de Simenon, le personnage de Charles Alavoine, à l'image de tant d'individus bien réels, exprime un double besoin. Celui d'abord, de pouvoir se raconter, alors que le

⁸⁰⁰ Edmund Husserl, *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale* (1935-1936), trad. Gérard Granel, Paris, Gallimard, « Tel », 1976, p. 14.

⁸⁰¹ Il s'agit du rapport du comité des États généraux de la justice piloté par Jean-Marc Sauvé, lancés en octobre 2018 et remis le 08 juillet 2022 à Emmanuel Macron, suite à sa demande. En ligne : https://www.justice.gouv.fr/_telechargement/Rapport_EGJ_20220516.pdf.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 18.

procès a d'ores et déjà eu lieu, et qu'il a été reconnu coupable puis condamné. Le roman consiste en une sorte de genèse de son crime, qui expose les multiples causes qui ont conduit *ce* médecin à devenir *cet* assassin. Un second besoin apparaît, celui d'être écouté et compris, mais pas par n'importe qui. La lettre s'adresse *au juge*, ici, en l'occurrence, le juge d'instruction, qui tient dans la justice française un rôle très particulier. C'est en effet celui qui instruit une affaire, c'est-à-dire *enquête* et recueille les éléments importants (témoignages, avis d'experts, etc.) pour que celle-ci puisse ensuite être correctement jugée. C'est lui qui peut, également, dans le droit français, procéder à une nouvelle qualification des faits, en fonction de l'avancée de son enquête. Autrement dit, le juge d'instruction est celui qui oriente par avance la manière dont d'autres juges pourront comprendre une affaire. C'est lui qui organise le récit ou choisit l'intrigue, dirait Veyne. Les juges qui statueront par la suite pourront bien sûr s'écarter de ce que semble montrer l'instruction d'une affaire, mais cette étape est cruciale dans la détermination de la décision finale.

La notion de récit, ou plutôt de mise en récit, nous paraît ainsi centrale dans l'exercice de la justice. Elle résulte bel et bien d'une enquête sur les faits, leur contexte, les personnes impliquées, et nécessite de prendre en compte une multiplicité de causes et de circonstances. C'est sur ce point que les réalistes américains ont attiré l'attention de leurs contemporains, dévoilant par là tout un pan du droit qui était plutôt négligé. Ils signalent par leurs travaux de recherche que le droit et la décision judiciaire sont tout autant le reflet de la société dans laquelle ils s'insèrent que les outils qui participent au fonctionnement et à l'évolution de cette même société. Notre premier chapitre a ainsi cherché à montrer ce déplacement du regard sur le droit qui s'est opéré sous l'égide des réalistes, et à en comprendre les implications. Ouvrir de la sorte la théorie du droit à des savoirs extra-juridiques implique un questionnement méthodologique sur les éléments qui peuvent, ou non, entrer dans une théorie du droit. Cela entraîne également un questionnement sur le modèle de science capable de mener à bien cette tâche. La question de la naturalisation de la théorie de la décision judiciaire apparaît alors essentielle, en même temps que problématique. Si les sciences naturelles offrent des méthodes efficaces et des résultats particulièrement performants, il n'est pas sûr que les décisions judiciaires puissent être pensées et expliquées avec la même précision que les phénomènes naturels lorsqu'on connaît les lois de la nature sous le coup desquelles ils tombent.

Savoir s'il est possible et s'il faut naturaliser la théorie de la décision judiciaire, et peut-être, la théorie du droit toute entière, permet de s'interroger plus généralement pour savoir si une naturalisation des sciences humaines dans leur ensemble peut voire doit être envisagée, sachant que toutes les sciences humaines ne présentent peut-être pas une candidature aussi prometteuse. La théorie du droit semble pouvoir y postuler peut-être plus facilement qu'une autre science humaine car son domaine, la régulation des conduites et des interactions humaines par des systèmes de lois, présente

certaines analogies avec les systèmes naturels. Notamment, il s'agit de systèmes apparemment suffisamment déterminés par des lois pour espérer des régularités et des généralisations assez probantes qui permettent d'obtenir des résultats certains et des prédictions satisfaisantes. Le second chapitre s'est donc plongé dans les débats qui ont agité, depuis Hume, les philosophes, intellectuels et scientifiques au sujet du statut de ces sciences qui sont petit à petit devenues les sciences humaines que nous connaissons maintenant. L'intérêt a été double. D'abord, le fait d'éclairer ces controverses à la lumière de la question de la naturalisation de la théorie de la décision judiciaire nous a permis de tracer parmi elles un chemin original. En particulier, nous avons mis l'accent sur la notion de cause, notamment dans le débat qui oppose les intentionnalistes et les causalistes et nous avons ainsi mis en évidence les enjeux idéologiques propres à ces différentes positions intellectuelles, ainsi que les intérêts auxquels elles peuvent correspondre. Ensuite, et réciproquement, ce cheminement dans cette histoire des idées nous a permis de rattacher les questions juridiques posées par la naturalisation de la décision judiciaire à des problèmes philosophiques plus larges, englobant la totalité des sciences humaines.

Le troisième chapitre a alors consisté, en miroir avec le chapitre précédent, en une réflexion sur les débats méthodologiques et épistémologiques qui ont agité les juristes, en particulier lorsqu'il s'est agi, à la fin du XIX^e siècle, de réfléchir à la constitution d'une science du droit autonome. Plusieurs démarches scientifiques apparaissent également possibles, suivant la manière dont on envisage l'objet d'une science du droit, son but, et les questions auxquelles elle doit répondre. Ainsi, de la théorie des contraintes juridiques au neurodroit, en passant par le normativisme, la sociologie du droit ou les différentes formes de positivisme juridique, on a pu se rendre compte que ces différentes approches ne poursuivent ni les mêmes finalités ni les mêmes intérêts, mais proposent plutôt de mettre en avant des aspects différents du droit et de la décision judiciaire qui sont tous également valides. La charge qui revient au philosophe est peut-être de montrer, dans une démarche critique, d'où parle celui qui étudie le droit et d'en clarifier les enjeux. Car ils sont nombreux, et immédiatement sociaux et politiques. Du droit tel qu'il est pensé dépend en grande partie la forme de société et les rapports politiques qui définissent le style de vie des citoyens.

Quelle que soit l'approche retenue, la théorie de la décision judiciaire ne peut faire l'économie d'une réflexion à propos du temps dans lequel elle s'inscrit. Juger vient toujours après coup. On ne juge pas les individus sur ce qu'ils pourraient faire mais sur ce qu'ils ont effectivement fait. Il s'agit donc décider *a posteriori* du sens que l'on doit accorder à des faits et à une conduite, étant donné un système de lois et un certain contexte. Ces faits et cette conduite sont rarement parfaitement clairs. Souvent ils s'avèrent complexes et la connaissance qu'on en a est lacunaire. Le travail du juge – notamment du juge d'instruction – est de conduire une enquête les concernant à l'instar du travail de

l'historien, qui, chez Veyne, est comparé à un détective qui doit, parmi les indices qu'il découvre, choisir ceux qui sont signifiants et les mettre en lien de telle sorte qu'une vérité historique – ou ici une vérité judiciaire – puisse voir le jour. Il est donc bien question de faire l'histoire d'une situation et d'un événement pour pouvoir lui attribuer un sens. Ce sens sera officiel, et vaudra dans la vie sociale et politique, quoiqu'on puisse en penser intimement. C'est cela la décision judiciaire : *de-caedere*, trancher entre les différents sens que l'on peut attribuer à une conduite et affirmer que celui-ci est celui qui désormais vaudra parce qu'il s'accorde avec les lois telles qu'elles ont été voulues par une société et telles qu'elles doivent être interprétées par le représentant du pouvoir judiciaire. Le juge regarde donc en arrière, à la manière de l'historien, mais les citoyens, eux, regardent en avant et veulent pouvoir, avec raison, prévoir la manière dont ils seront jugés. L'un rétrodit, les autres cherchent à prévoir, voire à prédire. C'est cette divergence que nous avons voulu faire apparaître dans le quatrième chapitre, et qui se manifeste dans le monde contemporain par cette croisée des chemins, qui est sans doute aussi la croisée de deux mondes, entre d'un côté ce que l'on a appelé le tournant interprétativiste, incarné par Dworkin, et de l'autre, le tournant numérique, qui se manifeste notamment sous la forme de la justice prédictive.

Il y a bien dans ces deux tournants deux perspectives différentes sur le droit, le rôle du juge, et la signification de la décision judiciaire. Mais cette divergence ne signifie en aucun cas une incompatibilité de fait. Le justiciable gagnerait très probablement à une complémentarité entre les deux. Toutefois, on a montré que ce type de justice prédictive, ou plus largement, la numérisation de la justice – quand bien même elle permet d'assister le juge, de gagner un temps précieux pour certaines décisions simples, de permettre davantage de transparence – nécessite d'installer un certain nombre de garde-fous. Les données judiciaires sont des données particulièrement sensibles, parce que personnelles, et il est périlleux de les laisser traiter par des entreprises et donc par des intérêts privés. Celles-ci peuvent les utiliser à des fins discutables ou qui peuvent s'avérer contraires aux intérêts des citoyens. Les algorithmes de prédiction, utilisés soit dans certains services de police à titre préventif, soit à titre d'évaluation des risques dans les services judiciaires, peuvent être mal conçus ou donner lieu à des utilisations tendancieuses. En ce sens, un récent rapport de l'ONU alerte les États membres sur les biais raciaux qui peuvent affecter ces outils et entacher leur impartialité. On peut y lire : « L'une des principales conclusions du présent rapport est que les nouvelles technologies numériques exacerbent et aggravent les inégalités existantes, dont beaucoup sont fondées sur la race et l'origine ethnique ou nationale »⁸⁰³. On pense alors à l'exemple de la police de Chicago, qui, en partenariat

⁸⁰³ *Discrimination raciale et nouvelles technologies numériques : analyse sous l'angle des droits de l'homme*, rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, 18 juin 2020. En ligne : <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjsrvLb2oL5AhXFxoUKHbT8>

avec l'université de la même ville et le département de la justice a expérimenté un programme algorithmique, le « *Crime and Victimization Risk Model* » qui se proposait d'assister les policiers en les aidant à évaluer la dangerosité des individus qu'ils recherchent ou qu'ils appréhendent et à repérer les zones les plus sensibles. Il s'agissait pour ce programme, en se fondant sur des données issues des services de police et de justice, d'évaluer le risque qu'un individu soit impliqué dans une fusillade ou dans un homicide, en tant qu'agresseur ou qu'agressé, dans les dix-huit mois qui suivent. Or, après quelques années, chercheurs et policiers se sont rendus compte que des biais, notamment raciaux, rendaient ces algorithmes totalement inopérants puisqu'au lieu de les corriger, ils les amplifiaient. En effet, puisque les chiffres réels de la police de Chicago – en termes d'arrestations, de lieu et de fréquence d'intervention par exemple – n'étaient pas exempts de discriminations à l'encontre de certaines catégories de populations, celles-ci ont été mécaniquement reversées dans la programmation des algorithmes de prédiction, qui non seulement les ont reflétées mais encore aggravées.

Ces nouveaux outils, doivent donc être sous haute surveillance. Il est important de ne pas céder aux sirènes de la nouveauté et du tout technologique ainsi qu'aux promesses de rentabilité économique qu'ils proposent sans mesurer les enjeux et conséquences qu'implique leur utilisation. La question est alors la suivante : qu'attend-on de nos sciences et des technologies qu'elles permettent de développer ? Cette question doit retenir toute notre attention car la réponse que nos sciences pourront nous apporter dépendra de la manière dont nous formulerons nos interrogations et nos problèmes, et identifierons nos besoins.

Or il semble que les difficultés que nous rencontrons se situent sur deux plans. D'abord, celui des rapports entre théorie et pratique, que nous avons mis en évidence dès notre premier chapitre, en montrant la difficulté que relèvent les réalistes américains à connecter la théorie de la décision judiciaire aux décisions réelles prises par les juges. Nous avons ensuite montré les problèmes que posent l'élaboration d'une véritable connaissance pratique ainsi que la modélisation d'un raisonnement de même nature et le discrédit qui pèse parfois sur eux, comme si la seule connaissance digne de ce nom était une connaissance pure. Nous avons retrouvé ce même questionnement dans les écrits de Dworkin qui tentent de rendre compte de l'activité judiciaire avec des limites qu'il expose lui-même quant à la possibilité d'expliquer théoriquement ce qui s'effectue pratiquement, le plan de la pensée ne pouvant jamais épouser à l'identique celui de l'action.

Le second type de difficultés que nous affrontons est davantage d'ordre historique et idéologique et tient à la place que la science occupe dans notre société occidentale. Russell, dans son œuvre, ne cesse de revenir sur ce point. Dans les *Essais sceptiques*, parus en 1928, il oppose à la

violence du monde capitaliste les vertus de la raison et de la pensée bien menées et cherche à identifier les causes du malheur humain et du déclin de nos sociétés pour y apporter des remèdes et permettre l'aboutissement des aspirations humaines. Il considère que la science moderne est responsable de changements profonds dans la vie sociale, qu'il nous faudrait mieux comprendre afin de contrecarrer certains des effets négatifs qu'elle génère. En particulier souligne-t-il, la science entraîne une technologisation de la vie sociale – lui parle de « machinisme » – dont on constate qu'il s'est accéléré au tournant du XXI^e siècle. À son tour, ce recours toujours plus important à la technique occasionne une « organisation sociale plus étroite »⁸⁰⁴. Or, souligne-t-il, cet accroissement de l'organisation de la vie sociale va de pair avec une tendance à la centralisation des pouvoirs et à un certain autoritarisme qui se traduit par un recul de la vie culturelle et artistique et un sentiment global d'impuissance des individus face à des institutions ou des ensembles qui les dépassent. Il observe que « la tendance de la culture de notre temps, et probablement continuera-t-elle dans l'avenir, est d'aller vers la science et de s'éloigner de l'art et de la littérature. Cela s'explique, naturellement, par l'immense utilité pratique de la science ». Mais il déplore que par ailleurs, cela s'accompagne « d'un appauvrissement de notre culture dans d'autres domaines »⁸⁰⁵. Russell repère, tôt dans le XX^e siècle, la tendance hégémonique de la science, dans sa dimension positive, devine-t-on ici.

C'est quelque chose de très semblable que nous avons voulu mettre en évidence dans ce travail en montrant que la justice numérique avait pour défaut majeur d'étouffer notre besoin d'*histoire*, ici entendue au double sens du mot. Au sens du *récit*, c'est-à-dire de la reprise, par le langage et dans un temps long, des événements, pour y insérer une logique, une explication et en permettre la compréhension. Au sens d'une *enquête*, si l'on reprend l'étymologie grecque d'*ἱστορία* (*historia*) qu'emprunte à son tour Dewey lorsqu'il définit sa philosophie comme une enquête, c'est-à-dire comme la reconstitution au sein d'un tout contextuel plus large d'une situation qui, prise isolément, ne peut paraître que confuse et lacunaire, et demande à être dotée de sens. N'est-ce pas de cela que les justiciables semblent avoir besoin lorsqu'ils se tournent vers la justice ? Il semble que par ce biais, on cherche à donner du sens à ce qui en trouve difficilement : le crime, par exemple, n'est peut-être pas compréhensible, mais il le devient en tant qu'il est dit, par la justice d'une société, et qu'il est condamné. Il est compréhensible et appréhendable en tant qu'il est prohibé, et il est essentiel, tant pour les victimes que pour les condamnés et pour les justiciables en général, de l'entendre. On cherche aussi, par la décision du juge, à faire exister une situation sous un autre jour, à lui conférer un sens nouveau : ce couple-ci ne l'est plus et est divorcé, cet enfant-là n'est plus orphelin et est adopté, cet

⁸⁰⁴ Bertrand Russell, *Essais sceptiques* (1928), « Quelques perspectives gaies et autres », trad. André Bernard, Paris, Les Belles Lettres, « Le goût des idées », 2011, p. 244.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 256.

individu est innocenté ou au contraire déclaré coupable, et ce, chaque fois par la décision du juge qui fait advenir quelque chose de nouveau.

Raconter une affaire, faire le tour de la situation, en faire l'histoire pour pouvoir la juger, nécessite du temps et de l'espace, celui des cours de justice. Le temps long de la justice, aussi douloureux soit-il parfois, permet entre autres l'investigation, la recherche de témoignage, le débat contradictoire, et une prise de distance par rapport aux événements, propice à leur rationalisation. Ce sont autant d'éléments qui, ajoutés à la position institutionnelle du juge, font de ce dernier un « porte-parole autorisé »⁸⁰⁶ et rendent son récit à même de supplanter les autres et de devenir la version officielle. Le jugement arrête le récit, le clôt, et en fixe le sens global. Il n'est pas interdit de l'interpréter, de le contester même, mais il sera ce à partir de quoi l'interprétation ou la contestation se feront, et même, ce à partir de quoi d'autres décisions seront parfois prises. D'où l'importance de ce récit, et donc de la qualité de la décision de justice.

Cet examen de la décision judiciaire nous a ainsi permis de réexaminer des problématiques philosophiques classiques dans leurs formes contemporaines. Et si l'on nous accorde, comme nous l'avons défendu, que la querelle des sciences est loin d'être close mais qu'elle se renouvelle plutôt sous des formes originales et dans des domaines inédits, alors nous pourrions dire qu'au fond, nous sommes toujours dans ce que Husserl appelait dans les années 1930 la « crise des sciences européennes »⁸⁰⁷. À l'époque, il remarque que le modèle scientifique positiviste est devenu dominant et qu'il a tendance à réduire le monde à un ensemble de faits objectifs et constatables. Or, écrit-il, « de simples sciences de faits forment une simple humanité de fait »⁸⁰⁸. Il veut dire par là que ces sciences, qu'il ne remet pour autant pas en cause, ne sont pas suffisantes, et ne nous offrent aucune aide pour surmonter « la détresse de notre vie ». En effet, une telle science exclut par principe les questions philosophiques véritablement urgentes, « qui portent sur le sens ou sur l'absence de sens de toute cette existence humaine [...] puisqu'elle refuse toute ce qui est subjectif »⁸⁰⁹, y compris pour les sciences qui prennent l'homme pour objet. Les sciences doivent donc, et la philosophie avec, renouer avec ces questions. On touche à ce que Husserl nomme « la lutte de l'humanité pour la compréhension de soi-même »⁸¹⁰.

Il semble que nous en soyons encore là, et que ce soit le cœur de notre travail que d'essayer de penser ensemble la science positive et les problèmes politiques, sociaux, économiques, etc., que nous ne manquons pas de rencontrer. Cela rejoint l'idée d'un effort pour mieux relier théorie et

⁸⁰⁶ L'expression est empruntée à Pierre Bourdieu, dans *Ce que parler veut dire, L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.

⁸⁰⁷ Edmund Husserl, *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale*, op. cit.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 10-11.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 19.

pratique, souci d'objectivité et volonté de comprendre notre subjectivité, autrement dit, l'homme et son milieu. Les concepts d'histoire, de récit, d'enquête, d'expérience, on l'a vu, sont des clefs pour le faire.

C'est sans nul doute là que le philosophe a un rôle important à jouer : en mettant en évidence les questions philosophiques qui ont tendance à être négligées ou oubliées, en travaillant à la formulation des problèmes et des besoins humains, en connectant entre eux des savoirs et des domaines éloignés, et enfin en essayant de faire apparaître l'éventail des réponses possibles ainsi que leur portée et leurs enjeux. C'est ce que nous avons entrepris de faire en ce qui concerne la décision judiciaire, considérant qu'il est essentiel pour une société démocratique de clarifier ce qu'elle entend par rendre justice.

Bibliographie

Philosophie générale, anthropologie et sociologie

- ANSCOMBE, Gertrude Elisabeth Margaret, *L'intention*, (1957), trad. Mathieu MAURICE et Cyrille MICHON, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2002.
- ARENDT, Hannah, *Vies politiques*, Paris, Gallimard, 1986.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. Richard BODEÛS, Paris, GF, 2004.
- ARISTOTE, *Premiers Analytiques*, trad. Michel CRUBELLIER, Paris, GF, 2014.
- ARISTOTE, *Topiques*, trad. Jacques BRUNSCHWIG et Myriam HECQUET, Paris, GF, 2015.
- ARON, Raymond, *Leçons sur l'histoire*, Paris, De Fallois, 1989.
- AUSTIN, John, « How to Talk – Some Simple ways » (1953), in *Philosophical Papers*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- BERGSON, Henri, *L'évolution créatrice*, Paris, PUF, « Quadrige », 2007.
- BOURDEAU, Michel et CHAZEL, François (dir.), *Auguste Comte et l'idée des sciences humaines*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- BOURDIEU, Pierre, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.
- CHATAIGNE-POUTEYO, Lucie, « John Dewey (1859-1952) : Philosophie sociale, droit et éducation », in *Histoires et définitions de la philosophie sociale*, sous la direction de Éric DUFOUR, Franck FISCHBACH et Emmanuel RENAULT, Grenoble, Vrin - Recherches sur la philosophie et le langage, n°28, 2013.
- DAVIDSON, Donald, *Actions et évènements*, trad. Pascal ENGEL, Paris, PUF, « Épiméthée », 1993.
- DESCOLA, Philippe, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des sciences humaines », 2005.
- DESCOMBES, Vincent, *La denrée mentale*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1995.
- DESCOMBES, Vincent, *Le raisonnement de l'ours et autres essais de philosophie pratique*, Paris, Seuil, 2007.
- DEWEY, John, « Logical Method and Law », in *The Philosophical Review*, vol. 33, n°6, 1924.
- DEWEY, John, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law. Credo of Sixteen American Scholars*, édité par la Julius Rosenthal Law Foundation, Boston, Boston Law Books, 1941.

- DEWEY, John, *L'école et l'enfant*, trad. Louis-Samuel PIDOUX, révisée par Gérard DELEDALLE, Paris, Fabert, 2004.
- DEWEY, John, *L'influence de Darwin sur la philosophie et autres essais de philosophie contemporaine* (1910), trad. Lucie CHATAIGNE-POUTEYO, Claude GAUTIER, Stéphane MADELRIEUX et Emmanuel RENAULT, sous la direction de Claude GAUTIER et Stéphane MADELRIEUX, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2016.
- DEWEY, John, *Le public et ses problèmes* (1927), trad. Joëlle ZASK, Paris, Gallimard, « Folio essais », 2010.
- DEWEY, John, *Logique. La théorie de l'enquête* (1938), trad. Gérard DELEDALLE, Paris, PUF, « L'interrogation philosophique », 2006.
- DEWEY, John, *Reconstruction en philosophie* (1921), in *Œuvres philosophiques 1*, traduction de Patrick DI MASCIO, Pau / Tours / Paris, Publications de l'Université de Pau / Farrago / Léo Scheer, 2003.
- FØLLESDAL, Dagfinn, « Causation and Explanation : A Problem in Davidson's View on Action and Mind », in Ernest LEPORE and Brian MAC LAUGHLIN, *Actions and Events : Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.
- HUME, David, *Enquête sur l'entendement humain*, trad. revue et corrigée par Didier DELEULE, Paris, Librairie Générale Française, « poche », 1999.
- HUME, David, *Traité de la nature humaine* (1739-1740), trad. Philippe BARANGER et Philippe SALTEL, Paris, Flammarion, 1995.
- HUME, David, *Essais moraux, politiques et littéraires*, trad. Gilles ROBEL, Paris, PUF, 2001.
- HUSSERL, Edmund, *Idées directrices pour une phénoménologie* (1913), trad. Paul RICOEUR, Paris, Gallimard, « Tel », 1985.
- HUSSERL, Edmund, *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale* (1935-1936), trad. Gérard GRANEL, Paris, Gallimard, « Tel », 1976.
- KANT, Emmanuel, *Critique de la faculté de juger* (1790), édition publiée sous la direction de Ferdinand ALQUIE, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 1985.
- KANT, Emmanuel, *Critique de la raison pure* (1781, 1787), trad. André TREMESAYGUES et Bernard PACAUD, Paris, PUF, « Quadrige », 1997.
- KISTLER, Max, « Les causes des actions », in *L'action*, dirigé par Francine MARKOVITS et Gabrielle RADICA, Paris, Vrin, 2006.
- LEVI-STRAUSS, Claude, *Anthropologie structurale deux* (1973), Paris, Plon, « Pocket », 1996.
- MACKIE, John Leslie, « Causes and Conditions », in *American Philosophical Quarterly*, vol. 2, n° 4, 1965.

- MACKIE, John Leslie, *The Cement of the Universe : A Study of Causation*, Oxford, Oxford University Press, 1974.
- MENAND, Louis, *The Metaphysical Club : A Story of Ideas in America*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2001.
- MILL, John Stuart, *Auguste Comte et le positivisme* (1865), trad. Georges Clémenceau revue par Michel BOURDEAU, Paris, L'Harmattan, 2000.
- MILL, John Stuart, *Système de logique déductive et inductive* (1843), trad. Louis Peisse, Paris, Ladrance, 1866.
- MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, New York, Oxford University Press, 2009.
- NEUBERG, Marc (dir.), *Théorie de l'action, Textes majeurs de la philosophie analytique de l'action*, Liège, Mardaga, « Philosophie et Langage », 1991.
- PASCAL, *Pensées*, édition Sellier, Paris, Bordas, « Classiques Garnier », 1991.
- PLATON, *Euthyphron*, trad. Louis-André DORION, Paris, GF Flammarion, 1997
- PLATON, *Phèdre*, trad. Luc BRISSON, Paris, GF, 2008.
- RUSSELL, Bertrand, *Essais sceptiques* (1928), trad. André BERNARD, Paris, Les Belles Lettres, « Le goût des idées », 2011.
- RYLE, Gilbert, *La notion d'esprit* (1949), trad. de Suzanne STERN-GILLET, Paris, Payot & Rivages, 2005.
- SCHLICK, Moritz et WAISSMANN, Friedrich, *Question d'éthique – Volonté et motif*, trad. Christian BONNET, Paris, PUF, 2000.
- SEARLE, John, *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- SEARLE, John, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- SPINOZA, Baruch de, Lettre LVIII « Au très savant G. H. Schuller » (1674), in *Œuvres complètes*, trad. Roland CAILLOIS, Madeleine FRANCES et Robert MISRAHI, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1954.
- STIEGLER, Bernard, « Le grand désenchantement. Un entretien avec le philosophe Bernard Stiegler », *Le Monde*, 21 février 2011.
- STOUTLAND, Frederick, « Causalité oblique et raisons d'agir » (1980), in Marc NEUBERG, *Théorie de l'action*, Liège, Mardaga, « Philosophie et Langage », 1991.
- VEYNE, Paul, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, « Points Histoire », 1971.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Explanation and Understanding*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1971.

- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Expliquer et comprendre*, trad. Olivier FONTAINE, Paris, Ithaque, 2017.
- WEBER, Max, *Économie et société, 2. L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, trad. Julien FREUND, Pierre KAMNITZER, Pierre BERTRAND, Éric de DAMPIERRE, Jean MAILLARD et Jacques CHAVY, sous la direction de Jacques CHAVY et Éric de DAMPIERRE, Paris, Plon, « Pocket », 1995.
- WHITE, Morton Gabriel, *Social Thought in America : The Revolt Against Formalism*, New York, Viking, 1949.
- WINCH, Peter, *L'idée d'une science sociale et sa relation à la philosophie* (1958), trad. Michel LE DU, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2009.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Le cahier bleu et le cahier brun*, trad. Guy DURAND, Paris, Gallimard, « Tel », 1965.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Recherches philosophiques*, (1953), trad. Françoise DASTUR, Maurice ELIE, Jean-Luc GAUTERO, Dominique JANICAUD et Élisabeth RIGAL, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de philosophie », 2004.

Philosophie des sciences et épistémologie

- ANDLER, Daniel, FAGOT-LARGEAULT, Anne, et SAINT-SERNIN, Bertrand, *Philosophie des sciences*, tome 2, Paris, Gallimard, 2002.
- APEL, Karl Otto, *La controverse expliquer-comprendre. Une approche pragmatico-transcendantale* (1979), trad. Sylvie MESURE, Paris, Le Cerf, 2000.
- BACHELARD, Gaston, « Noumène et microphysique » (1931), in *Études*, Paris, Vrin, 1970.
- BARBEROUSSE, Anouk, KISTLER, Max et LUDWIG, Pascal, *La philosophie des sciences au XX^e siècle*, Paris, Flammarion, « Champs-Université », 2000.
- CARNAP, Rudolf, *La construction logique du monde* (1928), trad. Thierry RIVAIN, Paris, Vrin, Mathesis, 2002.
- CHANGEUX, Jean-Pierre, *Du vrai, du beau, du bien. Une nouvelle approche neuronale*, Paris, Odile Jacob, 2008.
- CHANGEUX, Jean-Pierre, *Les fondements naturels de l'éthique*, Paris, Odile Jacob, 1993.
- CHANGEUX, Jean-Pierre et RICOEUR, Paul, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Paris, Odile Jacob, 1998.

- CLAVIEN, Christine et EL-BEZ, Catherine, (dir.), *Morale et évolution biologique. Entre déterminisme et liberté*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2007.
- COLLIOT-THELENE, Catherine « Expliquer/comprendre : relecture d'une controverse », in *Espaces Temps*, 84-86, *L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales*, Christian Delacroix (dir.), 2004.
- COMTE, Auguste, *Philosophie des sciences*, textes choisis par Juliette GRANGE, Paris, Gallimard, « Tel », 1996.
- COMTE, Auguste, *Système de politique positive (1851-1854)*, Paris, Anthropos, 1970.
- CONDORCET, Nicolas, « Discours prononcé dans l'Académie Française, le jeudi 21 février 1782, A la réception de M. le marquis de Condorcet », in *Œuvres de Condorcet*, Tome premier, Paris, Firmin Didot Frères, Libraires, 1847-1849.
- CONDORCET, Nicolas, *Tableau historique des progrès de l'esprit humain, Projets, Esquisse, Fragments et Notes (1772-1794)*, groupe Condorcet, sous la direction de Jean-Pierre SCHANDELER et Pierre CREPEL, Paris, INED, 2004.
- CONDORCET, Nicolas, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité de voix*, Paris, Imprimerie Royale, 1785. En ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k417181/f4.item>.
- DILTHEY, Wilhelm, *Œuvres 1, Critique de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit et autres textes (1883)*, trad. de Sylvie MESURE, Paris, Le Cerf, 1992.
- DRAY, William, *Laws and Explanation in History*, London, Oxford University Press, 1957.
- DROYSEN, Johann Gustav, *Précis de théorie de l'histoire (1858)*, trad. Alexandre ESCUDIER, Paris, Le Cerf, « Humanités », 2002.
- DUHEM, Pierre, *La théorie physique. Son objet, sa structure (1914)*, Lyon, ENS Éditions, « Bibliothèque idéale des sciences sociales », 2016.
- ENGEL, Pascal, « Neuromanie et neurophobie », in *la Nouvelle Quinzaine Littéraire*, n°1120, 16 janvier 2015.
- FELDMAN, Jacqueline, « Condorcet et la mathématique sociale. Enthousiasmes et bémols », *Mathématiques et sciences humaines*, n°172, Hiver 2005. En ligne : <https://journals.openedition.org/msh/2955>.
- FODOR, Jerry, « A Science of Tuesdays », in *London Review of Books*, vol 22, n°14, 20 juillet 2000.
- FOREST, Denis, et MALATERRE, Christophe, « La causalité en biologie », in Jean GAYON et Thomas PRADEU, *Philosophie de la biologie. Textes clés*, Paris, Vrin, « Textes clés », 2021.

- FOREST, Denis, *Neurosepticisme, Les sciences du cerveau sous le scalpel de l'épistémologue*, Paris, Ithaque, 2014.
- FOUCAULT, Michel, *Les mots et les choses, Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, « Tel », 1966.
- FOUCAULT, Michel, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004.
- GALILEE, *L'essayeur* (1623), trad. Christiane CHAUVIRE, Paris, Les Belles Lettres, Annales littéraires de l'université de Besançon, 1980.
- HABERMAS, Jürgen, *La technique et la science comme "Idéologie"*, trad. de J.R. LADMIRAL, Paris, Gallimard, 1973.
- HEMPEL, Carl Gustav, « The Function of General Laws in History », in *Journal of Philosophy*, 39, 1942.
- HEMPEL, Carl Gustav, *Éléments d'épistémologie* (1966), trad. de Bertrand SAINT-SERNIN, Paris, Armand Colin Masson, « Coursus », 1996.
- HONDERICH, Ted, « The Argument for Anomalous Monism », in *Analysis* 42, 1982.
- KAHNEMAN, Daniel, *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, trad. Raymond CLARINARD, Paris, Flammarion, 2012.
- KIM, Jaegwon, « What is "Naturalized Epistemology" ? », in *Philosophical Perspectives*, 2, 1988.
- LEIBNIZ, Gottfried, W., *De arte combinatoria* (1666), in *Œuvre mathématique autre que le calcul infinitésimal. 1, Arithmétique, Algèbre, Analyse*, trad. Jean Peyroux, Bordeaux, Bergeret, 1986.
- NEF, Frédéric, *Leibniz et le langage*, Paris, PUF, « Philosophies », 2000.
- PARISER, Eli, *The Filter Bubble : What the Internet Is Hiding from You*, New York, Penguin Press, 2011.
- PETITOT, Jean, VARELA, Francisco, ROY, Jean-Michel et PACHOUD, Bernard, *Naturalizing Phenomenology*, Stanford, Stanford University Press, 2000.
- PITTENDRIGH, Colin Stephenson, « Adaptation, Natural Selection, and Behavior », in Anne ROE and George Gaylord SIMPSON, *Behavior and Evolution*, New Haven, Yale University Press, 1958.
- QUERE, Louis, « Naturaliser le sens : une erreur de catégorie ? », in *Revue du MAUSS*, vol. n°17, n°1, 2001.
- QUINE, Willard Van Orman, *Du point de vue logique. Neuf essais logico-philosophiques*, trad. Sandra LAUGIER, Paris, Vrin, 2003.

- QUINE, Willard Van Orman, *Relativité de l'ontologie et autres essais* (1969), trad. Jean LARGEAULT, Paris, Flammarion Département Aubier, 2008.
- RUELLE, David, *L'étrange beauté des mathématiques*, Paris, Odile Jacob, « Sciences », 2008.
- SHAPIN, Steven, « Hyperprofessionalism and the Crisis of Readership in the History of Science », in *Isis*, vol. 96, n°2, 2005.
- VINCENT, Julien, « Les "sciences morales politiques" : de la gloire à l'oubli ? Savoirs et politique en Europe au XIX^e siècle », in *Revue pour l'histoire du CNRS*, n°18, Automne 2007.
- WATSON, John Broadus, « Psychology as the behaviorist views it », in *Psychological Review*, 20, 1913.
- WATSON, John Broadus, *Behaviorism*, New York, Norton & Company, 1925.
- WATSON, John Broadus, *Psychology from the Standpoint of a Behaviorist*, Harvard, Lippincott, 1919.

Philosophie du droit et théorie du droit

- ALLARD, Julie, « Dworkin : une philosophie critique du jugement », in *Revue internationale de philosophie*, vol. 233, n°3, 2005.
- AMSELEK, Paul, « Comment je vois le monde du droit », communication présentée le 13 octobre 2016 à l'Università Statale di Milano. En ligne : <http://paul-amselek.com/textes.php>.
- AMSELEK, Paul, « La part de la science dans les activités des juristes », 1997. En ligne : https://paul-amselek.com/textes/science_activite_juristes.pdf.
- ANDRINI, Simona et ARNAUD, André-Jean, *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline*, Paris, LGDJ, « Droit et Société », 1995.
- BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, trad. Philippe AUDEGEAN, texte italien établi par Gianni FRANCIONI, Lyon, ENS Éditions, 2009.
- BELLON, Laurence, *L'atelier du juge. A propos de la justice des mineurs*, Toulouse, Érès, « Trajets », 2011.
- BERNS, Thomas, ROUVROY Antoinette, « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », in *Réseaux*, vol. 177, n° 1, 2013.
- BINGHAM, Joseph, « What is the Law, I », *Michigan Law Review*, vol. XI, n°1, 1912.
- BINGHAM, Joseph, « What is the Law, II », *Michigan Law Review*, vol. XI, n°2, 1912.
- BOBBIO, Norberto, *De la structure à la fonction*, trad. David SOLDINI, Paris, Dalloz, 2012.

- BOBBIO, Norberto, *Essais de théorie du droit*, trad. Michel GUERET et Christophe AGOSTINI, Paris, Bruylant et LGDJ, 2008.
- BRUNET, Pierre, « Positivisme. Un froid cynisme », in *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017.
- CAILLOSSE, Jacques, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », in *Droit et société*, vol. 77, 1/2011.
- CARDOZO, Benjamin Nathan, *La nature de la décision judiciaire* (1921), trad. Gwénaële CALVES, Paris, Dalloz, « Rivages du droit », 2011.
- CARRE DE MALBERG, Raymond, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935.
- CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 1, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1920.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2014.
- CHARBONNEAU, Mathieu, « Économie, droit et histoire : le *Methodenstreit*, plus qu'une "querelle des méthodes" », in *Revue Interventions économiques*, vol. 65, 2021.
- CHAZAL, Jean-Pascal, « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique. », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, 2/2010.
- COOPER, Betsy, « Judges in Jeopardy !: Could IBM's Watson Beat Courts at Their Own Game ? », in *Yale Law Journal Online*, n° 121, 2011. En ligne : <https://www.yalelawjournal.org/forum/judges-in-jeopardy-could-ibms-watson-beat-courts-at-their-own-game>.
- DANZIGER, Shai, LEVAV, Jonathan et AVNAIM-PESSO, Liora, « Extraneous factors in judicial decisions », in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 108, 17, avril 2011.
- DEUMIER, Pascale (dir.), *Le raisonnement juridique, Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2013.
- DWORKIN, Ronald, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n°1, 1985.
- DWORKIN, Ronald, « La théorie du droit comme interprétation », in *Droit et société*, n° 1, 1985.
- DWORKIN, Ronald, « No Right Answer ? », in Peter M.S. HACKER et Joseph RAZ (dir.) *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *L'empire du droit* (1986), trad. Élisabeth SOUBRENIE, Paris, PUF, 1994.

- DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. Marie-Jeanne ROSSIGNOL et Frédéric LIMARE, révisée par Françoise MICHAUT, Paris, PUF, « Léviathan », 1995.
- DWORKIN, Ronald, *Une question de principe* (1985), trad. Aurélie GUILLAIN, Paris, PUF, « recherches politiques », 1996.
- EAGLEMAN, David M., « Neuroscience and the Law », in *Houston Lawyer* 16(6), mars/avril 2008.
- EAGLEMAN, David M., *Incognito. The secret Lives of the Brain*, New York, Pantheon Books, 2011.
- EASTMAN, Nigel et CAMPBELL, Colin, « Neuroscience and Legal Determination of Criminal Responsibility », in *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 7, avril 2006.
- EISENMANN, Charles, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles LEBEN, Paris, Panthéon-Assas, 2002.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind* (1930), London and New York, Routledge, 2009.
- GARAPON, Antoine et LASSEGUE, Jean, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018.
- GARAPON, Antoine, « Les enjeux de la justice prédictive », in *La semaine juridique*, n°1-2, janvier 2017.
- GARAPON, Antoine, ALLARD, Julie, GROS, Frédéric, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008.
- GAUMONT-PRAT, Hélène et PRAT, Marie, *Bioéthique et droit : les neurosciences et l'encadrement de l'imagerie cérébrale*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, « essentiel », 2015
- GENY, François, *Science et technique en droit privé : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913
- GEYRES, Béatrice, *Biais d'ancrage dans les décisions judiciaires : effet de l'expertise*, Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2011.
- GLÖCKNER, Andreas, « The Irrational Hungry Judge Effect Revisited : Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated », in *Judgment and Decision Making*, vol. 10, n° 6, novembre 2016.
- GRZEGORCZYK, Christophe, MICHAUT, Françoise, et TROPER, Michel, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993.
- GUASTINI, Ricardo, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Paris, Dalloz, 2010.
- GURLEY, Jessica R. et MARCUS, David K., « The Effects of Neuroimaging and Brain Injury on Insanity Defenses », in *Behavioral Sciences and the Law*, n°26, 2008.

- HAACK, Susan, « On Legal Pragmatism : Where Does the “Path of Law” Lead Us ? », in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 50, 2005.
- HAACK, Susan, « Pragmatism, Law, and Morality », in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, vol. 1, III-2, 2011.
- HAACK, Susan, *Pragmatism, Old and New, Selected Writings*, Amherst, New York, Prometheus Books, 2006.
- HARNO, Albert James, *Legal Education in the United States*, San Francisco, Bancroft-Whithney Company, 1953.
- HART, Herbert Lionel Adolphus et HONORÉ, Tony, *Causation in the Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1985.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit* (1961), deuxième édition augmentée, trad. Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, Second Edition, New York, Oxford University Press, 2008.
- HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821), trad. Jean-François KERVEGAN, Paris, PUF, « Quadrige », 2013.
- HERRERA, Carlos Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Saint-Nicolas (Québec), Presses de l'Université de Laval, « Dikè », 2004.
- HILBINK, Thomas, « Radicalisme, pratique juridique et doctrine dans les années 1960 aux Etats-Unis », in *Droit et cultures*, vol. 56, 2/2009.
- HOLMES, Oliver Wendel, « The Path of the Law », in *Harvard Law Review*, n°10, 1897, trad. Françoise MICHAUT, « La passe étroite du droit », in *Clio@Thémis*, 9, 2015.
- HOLMES, Oliver Wendel, *The Common Law* (1881), Chicago, American Bar Association Classics Series, 2009.
- HONORÉ, Antony, « Causation in the Law », in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, version « Winter 2010 », Edward N. ZALTA (dir.). En ligne : <https://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/causation-law/>.
- HUTCHESON, Joseph Chappell, « The judgment intuitive : The Function of the “Hunch” in the Judicial Decision », in *Cornell Law Quarterly*, 274, 1929 .
- ISRAËL, Liora, et GROSDIDIER, Jean, « John Dewey et l’expérience du droit. La philosophie juridique à l’épreuve du pragmatisme », in *Tracés*, Revue de Sciences Humaines, n°27, 2014.
- JAMIN, Christophe et JESTAZ, Philippe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, « Méthode du droit », 2004.
- JELLINEK, Georg, *L'État moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'État*, trad. Georges FARDIS, Paris, Panthéon Assas, « Les introuvables », 2005.

- JONES, Owen D., SCHALL, Jeffrey D. et SHEN, Francis X., *Law and neuroscience*, New York, Wolters Kluwer Law and Business, Aspen Casebook Series, 2014.
- JONGBIN, Jung, CONCANNON Connor, SHROFF Ravi, GOEL Sharad, GOLDSTEIN Daniel G., « Creating Simple Rules for Complex Decisions », *Harvard Business Review*, avril 2017. En ligne : <https://hbr.org/2017/04/creating-simple-rules-for-complex-decisions>.
- JUSTINIEN, *Institutes*, trad. Henri Hulot, Aalen, Scientia Verlag, 1979.
- Kelsen, Hans, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), trad. Philippe COPPENS, in *Droit et Société*, vol. 22, 1/1992.
- Kelsen, Hans, *Théorie générale des normes* (1979), trad. Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, Paris, PUF, « Léviathan », 1996.
- Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962.
- KENNEDY, David W., « A Rotation in Contemporary Legal Scholarship », in Christian JOERGES et David M. TRUBEK, *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos, 1989.
- LANGDELL, Christopher, Columbus, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, Little Brown and Company, 1871.
- LEADER, Sheldon, « Le juge, la politique et la neutralité. A propos des travaux de Ronald Dworkin », in *Droit et société*, n°2, 1986.
- LEBRETON-DERRIEN, Sylvie, « La justice prédictive. Introduction à une justice “simplement” virtuelle », in *Archives de philosophie du droit*, vol. 60, n°1, 2018. En ligne : <https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2018-1-page-3.htm>.
- LEITER, Brian, « Legal Formalism and Legal Realism : What Is the Issue ? », in *Legal Theory*, vol. 16, n°2, 2010.
- LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence, Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, New York, 2007.
- LEVINSON, Sanford, « Taking Rights Seriously. Reflections on « Thinking like a Lawyer », in *Stanford Law Review*, vol. 30, n° 5, 1978.
- LEVINSON, Sanford, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988.
- LLEWELLYN, Karl Nickerson, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », in *Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930.
- LLEWELLYN, Karl Nickerson, « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », in *Harvard Law Review*, vol. 44, n°8, 1931.
- LLEWELLYN, Karl Nickerson, *Jurisprudence : Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962.

- LLEWELLYN, Karl Nickerson, *The Bramble Bush* (1930), New York, Oxford University Press, 2008.
- LLEWELLYN, Karl Nickerson, *The Common Law Tradition : Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Company, 1960.
- LLEWELLYN, Karl Nickerson et HOEBEL, Adamson Edward, *La voie Cheyenne, Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit* (1941), trad. Louis ASSIER-ANDRIEU, Paris, Bruylant LGDJ, 1999.
- MACKIE, John Leslie, « The Third Theory of Law », réimprimé in Marshall COHEN, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, NJ / Rowman and Allanheld, 1983.
- MARIN, Jean-Claude, « La justice prédictive. Allocution à la Cour de cassation », *La justice prédictive – Actes du colloque du 12 février 2018*, sous la direction de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation Paris, Dalloz, 2018.
- MASTOR, Wanda, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin. La force d'Hercule et le talon d'Achille », in J. KRYNEN (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, Presses de l'université de Toulouse, Les travaux de l'IFR, « Mutations des Normes Juridiques » n°4, 2005.
- MC CABE, David P. et CASTEL, Alan. D., « Seeing is Believing: The Effect of Brain Images on Judgments of Scientific Reasoning » in *Cognition*, n° 107, 2008.
- MICHAUT, Françoise, « La “bonne réponse” n'est-elle qu'une illusion ? », in *Droits*, n°9, « La fonction de juger », Paris, PUF, 1989.
- MICHAUT, Françoise, « *Law's Empire* de Ronald Dworkin », in *Archives de Philosophie du droit*, tome 33, 1988.
- MICHAUT, Françoise, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « *sociological jurisprudence* » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n° 2, 1987.
- MICHAUT, Françoise, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000.
- MILLARD, Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2006.
- MOORE, Underhill et CALLAHAN, Charles, « Law and Learning Theory : A Study in Legal Control », in *Yale Law Journal*, n°53, 1943.
- MOORE, Underhill et HOPE, Theodore S. Jr., « An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking », in *Yale Law Journal*, n°38, 1929.
- MORSE, Stephen J., « Brain and Blame », in *Georgetown Law Journal*, vol. 84, n°3, février 1996.

- MORSE, Stephen J., « Neuroprediction : New Technology, Old Problems », in *Bioethica Forum*, vol. 8, 2015.
- MORSE, Stephen J., et ROSKIES, Adina L., *Primer on Criminal Law and Neuroscience : A Contribution of the Law and Neuroscience Project*, New York, Oxford University Press, « Oxford Series in Neuroscience, Law and Philosophy », 2013.
- OLIPHANT, Herman, « A Return to Stare Decisis », in *American Bar Association Journal*, n°14, 1928.
- OST, François et VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, édition des Facultés universitaires Saint-Louis, 2010.
- PARDO, Michael S. et PATTERSON, Dennis, *Minds, Brains, and Law : The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, New York, Oxford University Press, 2013.
- PARIENTE-BUTTERLIN, Isabelle, *Le droit, la norme et le réel*, Paris, PUF, « Quadrige », 2005.
- PHILIPPE, Arnaud et OUSS, Aurélie, « L'impact des médias sur les décisions de justice », Institut des Politiques Publiques, note n°22, janvier 2016. En ligne : <https://www.ipp.eu/publication/n22-impact-des-medias-sur-les-decisions-de-justice/>.
- PINON, Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit. », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, 2/2011.
- PORRET, Michel et SALVI, Elisabeth, (dir.), *Cesare Beccaria, La controverse pénale XVIII^e-XXI^e siècle*, Rennes, PUR, « Histoire », 2015.
- POSNER, Richard Allen, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », in *Harvard Law Review*, vol. 100, n° 4, 1987.
- POSNER, Richard Allen, *The problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- POUND, Roscoe, « Mechanical Jurisprudence », in *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908.
- POUND, Roscoe, « The Call for a Realist Jurisprudence », in *Harvard Law Review*, vol. 44, n°5, 1931.
- POUND, Roscoe, « The Scope and the Purpose of Sociological Jurisprudence », in *Harvard Law Review*, vol. XXIV, n° 8, 1911.
- POUND, Roscoe, *Justice according to Law*, New Haven, Yale University Press, 1951.
- POUND, Roscoe, « The Ideal Element in American Judicial Decision », *Harvard Law Review*, vol. 45, 1931.
- QUIVIGER, Pierre-Yves, *Penser la pratique juridique, Essais de philosophie du droit appliquée*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018.

- RAWLS, John, *Théorie de la justice* (1971), trad. Catherine AUDARD, Paris, Seuil, 1987.
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, seconde édition, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- ROMAN, Diane, « Féminicides, meurtres sexistes et violences de genre, pas qu'une question de terminologie ! », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avril 2014. En ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/645>.
- ROSEN, Jeffrey, « The Brain on the Stand », in *The New York Times Magazine*, 11 Mars 2007.
- ROSTOW, Eugene Victor, « American Realism and the Sense of the Profession », in *Rocky Mountain Law Review*, vol. 34, n°2, 1961.
- ROUVIERE, Frédéric, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », in *Revue trimestrielle de droit civil*, n°2, Dalloz, 2017.
- ROUVROY, Antoinette, « Pour une défense de l'éprouvante inopérationalité du droit face à l'opérationnalité sans épreuve du comportementalisme numérique », in *Dissensus*, Dossier : Efficacité : normes et savoirs, n° 4, avril 2011, en ligne : <https://popups.uliege.be/2031-4981/index.php?id=963>.
- SCARPELLI, Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?* (1965), trad. Colette CLAVREUL, Paris, Bruylant et LGDJ, 1996.
- SCHAUER, Frederic, *Thinking Like a Lawyer : A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009.
- SEGAL, Jeffrey A., et SPAETH, Harold J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, ROSKIES, Adina, BROWN, Teneille et MURPHY, Emily, « Brain Images as Legal Evidence », in *Episteme*, vol. 5, issue 3, octobre 2008.
- SMITH, Munroe, *Jurisprudence*, New York, Columbia University Press, 1909.
- TAMANAHA, Brian Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2010.
- TIEDEMAN, Christopher G., « The Doctrine of Stare Decisis », in *University Law Review*, vol. 11, n°3, 1896.
- TROPER, Michel, « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », in *Droit et société*, n° 2, 1986.
- TROPER, Michel, « Présentation », in *Droit et société*, n°1, 1985.
- TROPER, Michel, « Science du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), Paris, Lamy-PUF, « Quadrige », 2003.

- TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique et GRZEGORCZYK, Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant LGDJ, 2005.
- TROPER, Michel, *La philosophie du droit*, 3^e édition, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2011.
- TWINING, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (1973), seconde édition, New-York, Cambridge University Press, 2012.
- VAN HOECKE, Mark, *What is Legal Theory ?*, Leuven, ACCO, 1985.
- VAUCHEZ, Antoine, « Entre droit et sciences sociales : Retour sur l'histoire du mouvement “Law and Society” », in *Genèses*, n° 45, décembre 2001.

Enquêtes, rapports, notes d'analyse et sources juridiques

- CADIET, Loïc, *L'open data des décisions de justice, Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, rapport sous l'autorité du Ministère de la Justice, novembre 2017, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf.
- COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTES, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la Loi pour une République numérique, novembre 2017. En ligne : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf.
- CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, janvier 2019. En ligne : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm_recueilobligationsdeontologiques.pdf.
- GARAPON, Antoine, PERDRIOLLE, Sylvie, et BERNANE, Boris, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle*, rapport de l'IHEJ, mai 2013.
- GENEVES, Victor et PIGNATEL, Laura, « État de l'art – Droit et neurosciences », rapport de recherche Mission Droit et Justice, 2016, disponible en ligne <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/droit-et-neurosciences/>.
- GODEFROY, Lémy, LEBARON, Frédéric, et LÉVY-VEHEL, Jacques, *Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser*, rapport de La Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2019.

- HINDI, Rand et JANIN, Lionel (dir.), *Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle*, rapport du Conseil national du numérique et de France Stratégie, mars 2017. En ligne : <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/rapport-intelligence-artificielle-ok.pdf>
- OULLIER, Olivier et SAUNERON, Sarah, *Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, note d'analyse n°282 – septembre 2012. En ligne : <http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/le-cerveau-et-la-loi-ethique-et-pratique-du-neurodroit-note-danalyse-282-septembre-2012.html>.
- SAUVE, Jean-Marc (dir.), *Rapport du comité des États généraux de la justice*, juillet 2022. En ligne : https://www.justice.gouv.fr/_telechargement/Rapport_EGJ_20220516.pdf.
- TENDAYI ACHIUME, E., *Discrimination raciale et nouvelles technologies numériques : analyse sous l'angle des droits de l'homme*, rapport sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, pour le Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies, 18 juin 2020. En ligne : file:///Users/utilisateur/Downloads/A_HRC_44_57-FR.pdf.

Œuvres littéraires

- CHRISTIE, Agatha, *L'affaire Protheroe*, Paris, Éditions du Masque, 2015.
- CONAN DOYLE, Arthur, *Sherlock Holmes*, T1, Paris, Robert Laffont, « Bouquins », 1987.
- GOETHE, Johann Wolfgang von, *Les affinités électives*, Paris, Folio, « Classique », 1980.
- HÖLDERLIN, Friedrich, *Œuvres*, Paris, Gallimard, « Pléiade », 1967.
- SIMENON, Georges, *Lettre à mon juge*, Paris, Le Livre de Poche, 1997.

Index Nominum

A

Allard, Julie 20, 339, 359, 360, 362, 363, 375, 376, 449, 451
Amselek, Paul 243, 244, 449
Andler, Daniel 145
Anscombe 118, 161, 163, 168, 169, 170, 179, 310, 358, 443
Apel 115, 116, 117, 157, 184, 282, 446
Arendt 376, 443
Aristote 165, 166, 169, 172, 181, 293, 443
Aron 154, 156, 157, 165, 166, 167, 198, 199, 200, 291, 443
Austin 171, 220, 263, 341, 389, 443
Avnaim-Pesso, Liora 276, 277, 278, 450

B

Bachelard 321, 446
Beccaria 311, 405, 449, 455
Bellon, Laurence 332, 333, 449
Bergson 108, 443
Bingham 36, 73, 449
Bobbio 25, 83, 84, 85, 86, 118, 214, 217, 225, 241, 242, 281, 282, 449, 450
Bourdieu 376, 439, 443
Brown, Teneille 268, 273, 279, 456
Brunet, Pierre 3, 78, 216, 450

C

Caillosse, Jacques 227, 246, 450
Campbell, Colin 271, 272, 451
Cardozo 219, 255, 351, 368, 450
Carnap 55, 56, 61, 327, 378, 381, 446
Carré de Malberg 118, 210, 211, 213, 235, 236, 257, 450
Champeil-Desplats, Véronique 45, 208, 231, 232, 237, 286, 288, 292, 293, 355, 450, 451, 457
Changeux 76, 266, 268, 270, 446
Christie 207, 458
Cohen, Félix 39, 40, 52, 53, 71, 454
Cohen, Jonathan D. 263
Colliot-Thélène, Catherine 114, 117, 447
Comte 115, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 129, 135, 138, 141, 150, 151, 212, 228, 233, 443, 445, 447
Conan Doyle 19, 23, 111, 299, 458
Condorcet 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 447
Cooper, Betsy 410, 450

D

Danziger, Shai 276, 277, 278, 450
Davidson 118, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 193, 196, 270, 443, 444
Descola, Philippe 16, 443
Descombes, Vincent 158, 159, 163, 170, 172, 173, 179, 443
Deumier, Pascale 400, 403, 406, 407, 422, 450
Dewey 4, 18, 19, 42, 65, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 438, 443, 444, 452
Dilthey 5, 102, 116, 118, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 149, 154, 167, 221, 363, 364, 365, 366, 367, 370, 383, 447
Dray 118, 151, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 174, 175, 189, 190, 292, 354, 447

Droysen.....	116, 137, 447
Duhem	62, 381, 447
Dworkin	6, 8, 22, 25, 70, 71, 78, 79, 118, 120, 168, 173, 214, 239, 301, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 329, 331, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 420, 421, 436, 437, 449, 450, 451, 453, 454, 456

E

Eagleman, David	262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 345, 451
Eastman, Nigel	271, 272, 451
Engel, Pascal	184, 185, 188, 259, 443, 447

F

Feldman, Jacqueline	324, 326, 328, 447
Fodor	67, 68, 447
Forest, Denis	3, 180, 181, 182, 275, 447, 448
Foucault	120, 321, 322, 411, 415, 416, 448
Frank	29, 36, 39, 40, 47, 49, 52, 53, 60, 72, 98, 148, 149, 276, 282, 451

G

Gadamer	363
Galilée.....	321, 448
Garapon, Antoine	20, 313, 320, 321, 329, 330, 401, 404, 405, 406, 410, 411, 415, 419, 421, 428, 430, 431, 451, 457
Gény.....	210, 233, 237, 450, 451
Glöckner, Andreas	276, 277, 278, 279, 335, 451
Godefroy, Lémy	395, 397, 402, 422, 424, 457
Greene, Joshua D.....	263
Grosdidier, Jean	88, 452
Guastini.....	45, 451

H

Habermas	309, 364, 448
Hart...37, 39, 50, 51, 52, 53, 54, 60, 78, 118, 217, 218, 219, 220, 223, 253, 307, 338, 341, 343, 344, 351, 355, 359, 377, 379, 450, 452	
Hegel.....	23, 452
Hempel	116, 118, 133, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 163, 164, 165, 166, 187, 189, 193, 194, 195, 292, 448
Herrera, Carlos Miguel.....	223, 224, 452
Hoebel	94, 222, 454
Hölderlin	403, 458
Holmes.....23, 28, 29, 30, 31, 46, 52, 53, 73, 88, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 99, 105, 111, 203, 219, 238, 282, 284, 285, 299, 338, 399, 400, 452, 458	
Honoré.....	249, 250, 252, 253, 254, 255, 258, 344, 452
Hume	60, 111, 112, 113, 118, 119, 122, 123, 130, 131, 139, 201, 322, 361, 435, 444
Husserl.....	108, 220, 221, 433, 439, 444
Hutcheson.....	36, 39, 40, 148, 149, 276, 452

I

Israël, Liora	88, 452

J

Jellinek	225, 234, 452

Jones, Owen D.	262, 263, 453
Justinien.....	308, 453

K

Kahneman, Daniel.....	395, 448
Kant	139, 339, 350, 360, 361, 362, 376, 444
Kelsen	24, 25, 60, 84, 118, 214, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 234, 236, 247, 249, 255, 280, 282, 291, 400, 401, 451, 452, 453
Kennedy, David W.	238, 453
Kistler.....	106, 107, 185, 186, 193, 195, 444, 446

L

Langdell	28, 29, 32, 233, 238, 453
Lassègue, Jean	313, 320, 329, 330, 404, 405, 406, 410, 411, 415, 419, 421, 431, 451
Leader, Sheldon	387, 453
Lebaron, Frédéric.....	394, 395, 397, 402, 457
Lebreton-Derrien, Sylvie.....	393, 394, 453
Leibniz.....	327, 448
Leiter, Brian .	3, 5, 18, 21, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 78, 81, 83, 84, 86, 87, 92, 99, 100, 101, 103, 104, 107, 109, 114, 150, 203, 453
Levav, Jonathan	276, 277, 278, 450
Lévi-Strauss.....	81, 86, 94, 444
Llewellyn	3, 27, 29, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 42, 49, 50, 52, 53, 73, 74, 80, 82, 83, 88, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 147, 148, 149, 150, 175, 176, 201, 203, 209, 222, 234, 281, 286, 287, 349, 356, 357, 370, 415, 420, 453, 454, 457

M

Mackie	71, 111, 197, 252, 253, 444, 445, 454
Malaterre, Christophe	180, 181, 182, 447
Marin, Jean-Claude.....	313, 454
Michaut, Françoise	28, 30, 73, 108, 283, 284, 285, 305, 307, 339, 340, 349, 353, 358, 359, 367, 368, 391, 451, 452, 454
Mill	115, 118, 119, 121, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 138, 141, 143, 146, 150, 151, 153, 155, 193, 194, 195, 445
Millard, Eric.....	26, 45, 46, 209, 211, 216, 217, 243, 292, 454
Moore, Underhill	36, 39, 40, 49, 63, 98, 454
Morse, Stephen J.	263, 267, 268, 269, 273, 454, 455

N

Neuberg, Marc.....	159, 162, 163, 188, 189, 194, 250, 445

O

Oliphant	33, 36, 39, 40, 49, 98, 455
Ost, François	221, 455
Oullier, Olivier.....	261, 263, 265, 274, 275, 276, 458

P

Pariente-Butterlin, Isabelle.....	107, 302, 304, 455
Pariser, Eli	394, 448
Pittendrigh.....	181, 448
Posner.....	60, 66, 118, 238, 239, 240, 245, 281, 301, 455
Pound	27, 28, 73, 82, 88, 96, 282, 283, 284, 285, 349, 453, 455

Q

Quéré, Louis.....	100, 101, 102, 448
Quine	55, 56, 60, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 83, 100, 103, 104, 307, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 389, 448, 449
Quiviger, Pierre-Yves	25, 26, 455

R

Rawls.....	23, 240, 456
Rosen, Jeffrey	268, 273, 456
Roskies, Adina L.	263, 268, 272, 273, 279, 455, 456
Rouvroy, Antoinette	411, 412, 413, 414, 415, 417, 449, 456
Russell.....	151, 157, 303, 437, 438, 445
Ryle	171, 172, 178, 309, 355, 445

S

Sauneron, Sarah	261, 274, 276, 458
Schauer, Frederic.....	35, 37, 148, 355, 456
Schlick	76, 77, 445
Searle	171, 177, 445
Segal, Jeffrey A.....	70, 456
Shapin, Steven	42, 43, 449
Simenon.....	13, 433, 458
Sinnott-Armstrong, Walter	268, 272, 273, 279, 456
Spaeth, Harold J.	70, 456
Stiegler.....	405, 445
Stoutland	188, 189, 445

T

Tamanaha, Brian Z.	41, 43, 86, 95, 456
Troper, Michel	23, 24, 25, 27, 118, 119, 208, 216, 286, 288, 292, 293, 337, 338, 339, 353, 355, 388, 389, 390, 391, 451, 456, 457
Twining, William	3, 27, 28, 29, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 41, 42, 86, 93, 94, 95, 99, 100, 457

V

Van de Kerchove, Michel	37, 218, 221, 355, 452
Van Hoecke, Mark	24, 457
Veyne.....	293, 294, 295, 296, 297, 308, 434, 436, 445
Vincent, Julien	127
Von Wright	115, 117, 137, 147, 153, 154, 165, 168, 169, 178, 179, 199, 200, 201, 231, 291

W

Watson	44, 66
Weber	98, 137, 225, 226, 227, 282, 290, 446
White	93, 99, 446
Winch.....	129, 163, 183, 221, 222, 446
Wittgenstein	110, 116, 118, 151, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 179, 182, 183, 446

