

« Dire le droit »

La jurisdictio fait référence au pouvoir du juge de dire le droit lorsqu'il est chargé de trancher une situation portée à son attention. Cette faculté de dire le droit repose sur sa connaissance du droit (« jura novit curia ») et la nature de son travail qui prend en compte le fait et en exprime les conséquences de droit (« da mihi factum, dabo tibi jus ») pour en tirer les conclusions et prendre la décision qui convient (imperium), trancher le litige. Juger, en ce sens, c'est dire le droit et en imposer les conséquences. La juridiction est, à la fois, le service public de l'état chargé de dire le droit, c'est-à-dire le tribunal ou la cour, ainsi que la compétence de ce tribunal en termes territorial ou dans l'ordre judiciaire (juridictions administratives, pénales, civiles de première instance, européennes...).

On veut dire par « dire » la faculté d'énoncer par la parole, écrite ou orale. Lorsque l'on dit, on exprime quelque chose à quelqu'un. Il y a donc, dans l'action de dire, un émetteur, un récepteur et un message ; c'est-à-dire un signifiant en même temps qu'un signifié que le signe désigne. On ajoute à cela que le propos du propos énoncé est d'agir, produire un effet par la communication de l'énoncé exprimé. Cet effet prend des formes différentes selon la situation, soit que l'on cherche à faire comprendre, appeler une réponse, susciter une émotion, ordonner, exposer, décrire, signifier, etc. Quoiqu'il en soit, au cœur du « dire », il y a l'énonciation qui est un dévoilement : une explication de ce qui était soit implicite, soit caché, soit même inexistant avant l'expression du message.

Le droit, quant à lui, peut s'entendre en première approximation comme l'ensemble des règles qui régissent les rapports des personnes entre elles et qui, à la différence des autres systèmes normatifs coutumiers ou sociaux, dispose de la légitimité de l'État et de sa force pour l'imposition des sanctions qui suivent les transgressions. En plus de ce droit objectif, le droit fait également référence au droit dit subjectif ; c'est-à-dire les prérogatives des individus dont ils peuvent se prévaloir et faire valoir devant la justice, c'est-à-dire qui sont protégés par l'État. Enfin, le droit est également la science juridique. On veut dire par science juridique les connaissances des règles de droit, la théorie juridique et la pratique de la justice au sens de service public. C'est en fait l'ensemble des méthodes, des techniques et des savoirs des praticiens et théoriciens du droit.

De ces quelques définitions sommaires suit que dire le droit peut à la fois signifier découvrir la bonne règle à appliquer par l'usage de la science juridique dans des litiges particuliers entre sujets du droit positif ; c'est ce que l'on a appelé la *jurisdictio* du juge. Mais aussi produire le droit objectif par la législation. C'est le rôle de l'État et du législateur qui dit le droit qui s'applique et le légitime. Enfin, dire le droit peut également signifier expliquer le sens et la pratique de la science juridique elle-même. En ce sens, dire le droit est le dévoilement des procédures, des méthodes et des pratiques des juristes. C'est là l'espace des méta-discours scientifiques et philosophiques sur le droit comme objet : son langage, sa matière, sa nature, sa signification, sa fonction, ses logiques et ses effets.

Du point de vue du droit lui-même donc, « dire le droit » est profondément lié à l'office du juge. Or, le juge (la cour) est soumis au droit dit, c'est-à-dire établis, par le législateur. Et notamment à quelques injonctions potentiellement contradictoires du point de vue de son pouvoir de *jurisdictio*. En effet, le juge ne peut pas produire du droit positif, rôle du législateur. C'est l'article 5 du code civil [1]. Cependant, il ne peut pas non plus refuser de dire le droit, et donc de trancher le litige, quand bien même la règle de droit serait manquante, contradictoire avec une autre règle ou inapplicable étant donné les faits retenus. C'est l'article 4 du code civil [2]. Deux types de questions émergent donc immédiatement qui forment les contours de notre problématique :

- 1) Que fait le juge quand il « dit le droit » ? Et en particulier, qu'est ce que dire le droit qui manque dans un litige sinon légiférer ?
- 2) Et mécaniquement, qui dit le droit au juge qui le dit ? Autrement dit, qu'est-ce que le droit qui pré-existe au dire du juge et n'est il pas lui-même exprimé sous une certaine forme et dans un certain but ?

Pour répondre à ces questions, on propose de partir d'une perspective extérieure au droit, celle des discours scientifiques sur la nature du discours juridique. Notamment, la perspective économique sur le discours juridique permet de clarifier et de modéliser de manière parcimonieuse les mécanismes et les conditions matérielles de production d'un énoncé en droit. On parvient alors à se déprendre des intuitions sommaires sur la signification de ce qu'est « dire le droit » et à dire quelque chose du droit et de son énonciation dans l'espace social général. Notamment, on peut parvenir à différencier les mécanismes à l'œuvre quand un juge dit le droit dans une affaire et quand le législateur dit la règle de droit. (page 3)

La limite de cette approche est qu'elle laisse trop intacte la boîte noire que constituent la pratique et la production du discours juridique du point de vue du juriste lui-même. Autrement dit, que fait le juriste de son point de vue subjectif d'acteur quand il dit le droit ? Le juge, le théoricien ou le législateur, en tant qu'ils ont à disposition les « inputs » que l'on a décrits, sont des artisans

d'un discours particuliers dont la production suppose l'usage de formes et de techniques particulières. Cette partie aura donc pour objet la technique argumentative en droit. C'est-à-dire l'énonciation et la manipulation des objets juridiques (règles de droit, sélection des faits retenus...) ainsi que leur agencement dans le dire du juriste. De ce point de vue, dire le droit, c'est inventer une solution juridique technique et objective qui permettent de lier un texte à un fait spécifié par l'interprétation du droit écrit. (page 10)

La difficulté de cette position est qu'elle tend à désincarner la parole du juge. En proposant une lecture « dé-subjectivé » de l'interprétation, on se coupe de l'influence spécifique des conditions sociales de production des discours sur leur contenu même. On cherche donc à savoir dans quelle mesure c'est l'objet même de la parole du juriste (théoricien, juge, législateur) que de neutraliser l'émergence du sujet social et politique dans l'énonciation du droit qui s'applique. Pour cela, on discute les raisons et justifications explicites et implicites de la décision en droit et leur nature politique. Comment en pratique le juriste maintient-il sa légitimité à dire le droit en même temps que la légitimité du champ et de l'ordre normatif dans lequel il pratique ? (page 17)

I/ Faire passer l'énonciation du droit au statut d'objet de connaissance pour les différentes méthodes et les différents paradigmes des sciences humaines et sociales, c'est d'abord construire cet objet pour son appréhension. On peut poser comme un point de départ commun aux différentes approches théoriques que dire le droit, en tous les sens du terme, c'est d'abord produire un discours (un texte, un arrêt, une parole, un traité...) selon les règles méthodologiques de la science juridique, selon les règles juridiques du droit comme ordre normatif et selon le cadre de l'organisation bureaucratique du droit comme ordre institutionnel (la justice au sens du service public).

Comment comprendre ce processus de production particulier ? On a d'abord distingué entre « dire le droit » comme jurisdictio du juge ; « dire le droit » comme établissement de la règle de droit par le législateur et enfin « dire le droit » comme méta-discours du théoricien-juriste sur la nature du droit. Cette distinction, on peut la subsumer sous les termes de l'activité productive. La théorie micro-économique propose de redéployer la question de l'énonciation du droit dans la mécanique générale de sa théorie du producteur pour en donner une compréhension et une explication formelle ; c'est-à-dire modélisable et prédictive des décisions et des comportements de

l'acteur-juge. En ce sens, le producteur (aux trois sens donnés) organise sa production (output) à partir de matières premières (inputs) qu'il combine d'une manière particulière. On modélise classiquement cette combinaison sous la forme d'une fonction de production F qui prend comme input au moins trois dimensions :

- Le travail (L) d'abord, qui est l'ensemble des acteurs qui ont participé à la discussion, donc à la production de la décision qui est la finalité de l'énonciation du droit par le juge. Si dire le droit est une prérogative du juge, le contenu de ce « dire » du juge se construit collectivement.

- Le capital (K), physique ou immatériel, ensuite. On le perçoit dans la mention des différentes pièces du dossier ainsi que les codes mobilisés. Mais il recouvre également l'ensemble des règles de droit disponibles, les ordinateurs, les bases de données, les tables, chaises, salles d'audience et leur agencement... On ne dit pas le droit en dehors des conditions matérielles de production du discours et la perspective économique permet de mettre en évidence l'effet de ces conditions sur le contenu de l'énoncé. La règle de droit en particuliers est une réalité matérielle écrite dans des textes disponibles pour la consultation par le juge.

- Le capital humain (H) enfin, que l'on distingue des autres formes de capitaux selon la spécificité de la production. Cela se justifie ici en particulier étant donné la spécificité de la production d'un énoncé juridique et la spécialisation des techniques et savoirs requis dans cet énoncé. Le développement d'une théorie cohérente du capital humain est notamment dû à Gary Becker dans *Human Capital, A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, 1964. Il propose de considérer les décisions d'investissement dans l'éducation comme d'autres investissements en fonction du calcul coût-avantage de l'augmentation de ce capital spécifique. Dans notre cas, le capital humain du juge et des autres travailleurs est l'ensemble des connaissances, savoir-faire et savoir-être qu'ils ont acquis dans leur formation (par exemple spécifique au droit mais pas uniquement) et dans leur pratique continue de leurs métiers. Qui dit le droit au juge qui le dit ? Le théoricien du droit, le législateur mais aussi par le truchement de la formation le professeur de droit et, dans la pratique, ses pairs. Le juge apprend en faisant, c'est-à-dire en disant ou en ayant dit par le passé.

Les différents arrêts et décisions de justice ont le bon goût d'explicitier quelques-uns de ces inputs et l'opération qui a conduit à l'output. Par exemple dans la décision numéro 1903791 du 2 décembre 2021 du Tribunal administratif de Rennes à propos d'un litige dans la commune de B. [4]. Dire le droit est donc appliquer cette fonction de production particulière ($F(K,L,H)$) pour produire la décision de justice qui s'impose. Quelles sont les contraintes qui imposent la forme de la fonction de production juridique ? Le juge, ou le législateur par ailleurs, répond à un calcul coût-avantage dans sa production en cherchant à minimiser les coûts globaux et à maximiser les profits

(individuels ou sociaux) de sa décision. Il a un comportement maximisateur et une rationalité minimale dans le classement de ses préférences (transitivité et complétude). La question de la signification juridique du coût et de l'avantage pour le juge se pose par exemple dans les termes de Posner comme l'« acceptabilité de la sanction » (« willingness to pay ») des individus en balance avec la nécessité de faire appliquer la loi. R. A. Posner, à qui l'on doit l'essor de l'analyse économique du droit, parle dans *Economic Analysis of Law* (1973) de maximiser la « richesse » (« wealth », l'utilité des économistes) qu'il concevra ensuite comme la « volonté de payer » de l'individu dans « Wealth Maximization revisited » en 1985 [5]. Posner réfléchit principalement dans le cadre des justices de « common law » et en particuliers dans le cadre du droit pénal dans lequel le juge doit décider une sanction-compensation entre la victime et le coupable en se fondant sur la règle de droit. Son approche s'est depuis largement développée à tout le droit, jusqu'à même l'acte législatif. Kaplow et Shavell proposent par exemple pour la décision du législateur que l'établissement d'une règle de droit doit d'abord et avant tout être évalué à l'aune de ses conséquences sur le « bien-être » (« welfare ») des individus et de la société. Autrement dit, établir une nouvelle règle de droit, c'est (ou plutôt « cela devrait être » étant donné la nature normative de leur réflexion) procéder au calcul maximisateur sur la fonction de bien-être social des individus dans la société plutôt que de chercher à matérialiser par le droit une norme reposant sur des valeurs morales d'équité, de justice sociale, etc. Leur argument principal est que la seconde approche conduit systématiquement à des violations du principe de Pareto lorsque l'effet de la nouvelle loi sur les utilités individuelles ne sont pas prise en compte [6].

L'approche de notre problème par les outils de la science économique à l'immense avantage de formaliser, et donc de clarifier, les conditions de possibilité de l'énonciation du droit ainsi que sa mécanique. Elle ne va pas cependant sans de nombreuses critiques portées à son encontre. On peut commencer par les quelques-unes d'entre elles qui ont reçu des réponses convaincantes. Les juges sont-ils en mesure de procéder aux calculs nécessaires pour choisir la sanction ou la règle de droit qui maximise la fonction d'utilité sociale des individus auxquels ils font face ? Quand ils disent le droit, les juges sont, en effet, soumis à des règles procédurales issues elles-mêmes du droit qui interdisent de dévier d'un certain cadre quand bien même ils auraient redéfini une sanction ou une règle plus appropriées à l'état des préférences sociales et individuelles (celles auxquels ils font face comme les leurs). Ils ne peuvent donc pas passer de l'état des préférences individuelles et sociales en présence à une « règle de choix » rationnelle. Cette « Choice rule » est la fonction de choix constitué d'un espace d'options possibles et d'un pré-ordre total (classement minimalement rationnel des préférences entre les options). La jurisdictio du juge n'est pas indépendante d'un ordre

normatif et bureaucratique précédant, et modalisant, la parole ; c'est-à-dire le jugement (ce que les anglo-saxons appellent « adjudication » et ses structures). Les conditions de rationalisation des choix possibles du juge semblent néanmoins bien se maintenir dans ces conditions, d'après la théorie économique contemporaine, si on considère que les choix qui sont fait opèrent sous la contrainte de normes prédéfinis et émergent collectivement. Les décisions du juge peuvent-être considéré comme rationnelle (« rationalisabilité » de la fonction de choix entre les différentes décisions à prendre) si on considère qu'il procède en éliminant d'abord les choix auxquels il n'a pas accès du fait de la norme légale, puis opère son choix sur l'espace des préférences restantes. [7] Il internalise l'externalité de la norme dans la structure de son espace d'options possibles.

Autre difficulté : le juge, en pratique, n'a pas les capacités de connaître les préférences collectives ou individuelles de l'ensemble des parties en présence et ne procède pas, de fait, à un calcul économique lorsqu'il dit le droit mais plutôt à une transcription des règles de droit et à leur reformulation pour le cas en présence ; sans s'occuper des conséquences de la règle. On tente ici de montrer que l'activité productive du juge est en fait plus proche de la mécanique des choix en économie que de la transcription, même en situation d'information imparfaite. Les travaux d'Herbert Simon, puis ceux de Kahneman et Tversky, ont permis de développer le formalisme de la théorie micro-économique aux situations d'informations imparfaite, de rationalité limitée et de présence de biais cognitifs et psychologiques. D'autre part, l'approche de la théorie des jeux a prolongée les réflexions sur l'information disponible pour les joueurs, leurs choix stratégiques et les équilibres disponibles et atteints dans les différents cas considérés. [8] Pour ne pas trop disperser le propos, on se contente de dire ceci. Lorsque le juge (la cour, le tribunal...) dit le droit, il procède en forçant mécaniquement les individus en présence à révéler leurs positions véritables. C'est-à-dire révéler la nature de leur perception des faits, de leurs interprétations du droit mais surtout du résultat qu'ils voudraient voir advenir. C'est le principe de révélation qui assure qu'à tout processus de décision d'agents rationnels qui communiquent via un médiateur, on peut associer un mécanisme direct incitatif qui assure que les joueurs choisissent la stratégie de révéler leur position vraie pour atteindre le meilleur équilibre disponible pour eux. C'est le rôle de la procédure judiciaire, dans le contexte de la décision du juge, de révéler les positions et de recadrer les propos pour minimiser les biais. Le juge opère alors un calcul à partir des positions divergentes. Il ne dispose pas de toute l'information sur les faits, et il est limité cognitivement parlant (« bounded rationality » et biais cognitifs). Cependant, il est parvenu à lever par la procédure un certain nombre d'asymétrie informationnelle en sa défaveur. Il arrête une décision lorsqu'il arrive à un choix qu'il considère subjectivement comme satisfaisant (« satisficing » dans la terminologie de Simon) au vu des règles de droit qu'il choisit de considérer. Il annonce alors la décision et le droit appliqué dans ce cas,

c'est-à-dire le choix des règles de droit, des faits et le raisonnement juridique mené. Dire le droit dans ce cas signifie arrêter la procédure d'investigation et de révélation.

On trouve dans un article de Pierre Moor, « Dire le droit » (1997) [9], à la fois une conception de notre problème extrêmement proche de celle développée grâce aux outils de l'économie et en même temps une critique sérieuse de cette approche. Le problème principal qu'il aperçoit est que cette approche laisse presque intacte la boîte noire du raisonnement juridique en ne s'intéressant qu'aux conditions de possibilités de l'énoncé et à la mécanique qui produit le discours sur le droit. Pour effectivement répondre à la question de savoir ce qu'est « dire le droit », notamment dans la pratique, on ne peut pas échapper à la dissection de la fonction de production et donc de la signification de ce qu'est, substantiellement, le raisonnement juridique par lequel le juge tranche à la fin de la procédure décrite. Autrement formulé, qu'est-ce donc que « satisfaisant » pour le juge ? Cette critique, Moor l'adresse d'abord au jusnaturalisme et au légalisme positiviste. D'après lui, « l'école du droit naturel » voit dans le droit une suite de normes (règles de droit) qui tirent leurs formulations d'un principe de justice, ou de principes moraux supérieurs, et que le juge applique dans le cas qui le concerne. Le légalisme positiviste quant à lui ne s'oppose qu'à l'idée de l'existence d'un ordre supérieur extra-juridique, mais maintient la centralité de la norme dans sa conception du droit. Dans les deux cas, c'est ce qu'on a appelé la conception transcriptrice de l'exercice du juge. En ce sens, Moor a raison de dire que cette centralité de la règle de droit dans les approches décrites ne permet pas de se doter d'une bonne compréhension de la *jurisdictio* du juge. Cependant, elle semble essentielle aux autres types d'énonciation du droit, celle du législateur et celle du théoricien. En ce sens, Moor opère peut-être un peu vite, si j'ose dire, une réduction du « dire le droit » à l'exercice du juge. Kelsen lui-même n'est pas aveugle à la multiplicité des approches possibles du droit comme objet de connaissance. Il définit son objet restrictivement par rapport à ces approches et évacue explicitement de cet objet la *jurisdictio* du juge, qui a à voir avec l'application dans une situation particulière de la norme individuelle et ne saurait donc être un objet pour une théorie pure du droit, au sens kantien d'à priori de l'expérience. On trouve la construction de l'objet de cette théorie pure du droit dans les premiers paragraphes de *Qu'est ce que la théorie pure du droit ?* (1953) [10].

Qu'est-ce donc que la production d'une règle de droit ? Autrement dit, qui dit le droit au juge censé le dire dans un litige et comment ? La construction théorique que l'on trouve dans la *Théorie pure du droit* de Kelsen, et telle qu'elle est décrite par Moor, propose de dire qu'une norme juridique est un énoncé sur le « devoir-être » d'un comportement ou d'un fait social. Ce sont donc des prescriptions (obligations, interdictions) qui ont pour particularité d'être associées à des sanctions

dont la légitimité découle de l'État et de son monopole de la contrainte. Kelsen suit ici Weber dans *Économie et société*. Le droit, au sens de l'ordre normatif juridique, est une hiérarchie de normes dont la légitimité est tirée de la norme qui lui est supérieure dans la pyramide et qui remonte, ou se fonde en légitimité, sur la « Grundnorm » fondamentale postulée comme pré-existante. Elle est imposée par l'État et le constitue. Cette constitution assure la légitimité de tout l'édifice normatif qui procède de lui. En ce sens, le processus législatif est une fonction de production du même type que décrite précédemment et dont la fonction est de promouvoir des valeurs ou des normes sociales générales en loi en les écrivant de manière à ce qu'ils prennent leur place dans la hiérarchie des normes sans la contredire.

Cette hiérarchie des normes est inscrite dans les pratiques, les structures et les écrits légaux très profondément. Son historicité est d'ailleurs visible dans l'écrit juridique. On le voit dans la façon dont sont organisés les différents codes par exemple, par secteurs du droit et du plus général, fondamental au plus spécifique. Les codes anciens tendent à être organisés thématiquement puis hiérarchiquement (le code civil sépare d'abord les personnes, les biens, la propriété), les codes plus récents partent du législatif (articles issus d'une loi) puis viennent au réglementaire : décrets du Conseil d'État, Conseil des ministres, décrets simples. On le perçoit également dans la structure et dans les fonctions des différentes cours de justice. C'est par exemple le rôle du Conseil constitutionnel en France de vérifier l'adéquation d'une nouvelle loi débattue et rédigée au parlement ou par l'exécutif avec la constitution existante, automatiquement pour les lois organiques et de référendum d'initiative partagée par exemple ; ou saisi par le Président, le Premier ministre ou les présidents du Sénat ou de l'Assemblée nationale. Depuis 2008, la question prioritaire de constitutionnalité (article 61-1 de la Constitution française) permet un contrôle de constitutionnalité suite à des dispositions législatives déjà promulguées après un filtre du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Cela a été un tournant que de permettre un recours constitutionnel à posteriori d'une décision législative, et en particuliers d'une disposition juridique, c'est-à-dire après que le juge ait dit le droit dans l'affaire, et même que la cour suprême de l'ordre juridique considéré (Conseil d'État, Cour de cassation, ...) ait dit la conformité en droit de la décision (pas en vertu des faits de l'affaire mais de la règle de droit utilisée).

La hiérarchie des normes est une composante essentielle du travail du législateur lorsqu'il dit une nouvelle règle de droit. Celle-ci peut par exemple être une norme sociale que l'on formalise pour pouvoir l'intégrer dans le système hiérarchique considéré. La sociologie de la déviance et en particuliers la théorie de l'étiquetage que l'on trouve dans l'*Outsiders* d'Howard Becker montre à quel point les normes juridiques sont des re-codages dans les coordonnées du droit (c'est-à-dire dans la hiérarchie des normes) des normes sociales portées par des « entrepreneurs de morales »

(« Rule enforcers ») qui utilisent le travail idéologique et politique pour assurer que leurs valeurs s'imposent à la population générale et leurs normes particulières deviennent des lois collectives. C'est cette mécanique de transcription de l'état des rapports de force dans la société en règles de droit qui conduit une partie de la pensée marxiste à analyser la parole du législateur et le formalisme du droit comme des mécanismes de reproduction et de légitimation de la domination d'une classe sur une autre. C'est notamment la position historiciste et matérialiste du droit de Marx dans *Misère de la philosophie* (1847) [11].

Le travail parlementaire est en principe le processus de médiation des débats et de transcription de ces normes sociales dans la hiérarchie des règles de droit. Dire le droit en ce sens, c'est répéter (et modifier inmanquablement) un certain « social » dans les coordonnées du droit pour l'imposer grâce à la force légitime de l'État. C'est un re-codage du social dans les coordonnées du droit que l'on présente ensuite sous les deux formes de capitaux (codes, règlements, lois connues ou disponibles, sources du droit) à l'usage du juge pour sa jurisdictio (K et H). Cette transformation par la voie de la procédure législative n'est pas neutre axiologiquement et socialement, mais cherche à neutraliser les conflits par sa forme et son processus de production.

On dit donc que la critique de Moor est plutôt une critique de la prétention de ces théories à rendre compte du travail du juge que du législateur. En ce sens, elle tient pour notre construction économique. En effet, si celle-ci prend en compte plus que la seule règle de droit, elle évacue tout de même la spécificité du travail du juge sous la boîte noire de la fonction de production ; c'est-à-dire la boîte noire du raisonnement juridique par lequel le juge tranche. Cependant, on affirme bien plusieurs choses du droit et de son énonciation lorsqu'on l'appréhende sous cette perspective, et notamment qu'elle dépend du « dire le droit » qui pré-existe au dire du juge et du contexte dans lequel le juge dit. A tel point d'ailleurs que la loi précise des cas dans lesquels il est nécessaire d'arrêter un jugement avant la décision finale du juge sur le fond de l'affaire. C'est « l'avant-dire droit » dont les articles 482 et 483 du code de procédure civile disposent qu'elle n'a pas autorité sur la chose jugée et qu'elle ne dessaisit pas le juge mais peut ordonner « une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ». La mise sous-séquestre d'un bien, les droits d'hébergement des parents, ou le recours à un expert dans le cadre d'un jugement préparatoire, sont autant de décisions, au sens d'application d'une règle de droit, qui visent à contrôler les conditions de possibilités (les « input ») de la jurisdictio finale sur le litige.

II/ Dire le droit, pour le législateur est donc reformuler une norme, en tant qu'elle n'est pas indépendante des rapports de production et de force dans le reste du monde social, de manière à ce qu'elle soit compatible avec les normes juridiques pré-existantes, et notamment en tant qu'elles sont tenues ensembles par un système de légitimation hiérarchique dans les sources différentes des règles de droit : de la constitution (« Grundnorm ») à la norme individuelle.

Là où le bât blesse comme on l'a dit avec Moor : qu'est-ce qu'un raisonnement en droit ? En particulier, comment, en pratique et subjectivement en tant qu'acteur de la production d'un discours sur le droit, est-ce que le juge tranche ?

Que propose Moor comme réponse à la difficulté qu'il soulève ? Il voit dans la contrainte de réponse qui pèse sur les acteurs du système judiciaire (juges, mais aussi avocats qui doivent informer leurs clients, etc.) la véritable spécificité de l'ordre normatif juridique. Or, s'il y a une contrainte de réponse par le droit, alors il faut bien que le droit offre les moyens de passer outre l'incertitude, le manque de règle, ou les contradictions des règles. Cela passe d'abord par la procédure et la logique de la sélection des faits dits « pertinents » pour le dire du juge. En effet, le raisonnement en droit dépend, comme les autres, d'une matière empirique ; d'un objet du raisonnement, qui se construit comme on a tenté de construire l'objet du méta-discours scientifique sur le droit. Kelsen parle de « Tatbestand » (« faits générateurs ») dans sa conception de « l'imputation » comme modalité de causalité dans l'ordre du raisonnement juridique. Une norme est un « devoir-être », c'est-à-dire une obligation, à la violation de laquelle on impute une sanction de sorte que la violation de la norme « cause » l'effet de la sanction [12].

Moor parle de certification des faits. Dans la procédure, tous les faits sont considérés comme incertains et les faits non-prouvés n'existent pas. Le problème de la charge de la preuve et de sa méthodologie émerge donc mécaniquement. Que faire lorsque la preuve est trop difficile à faire, sinon impossible, bien que le fait soit nécessaire à l'énonciation du droit ? C'est le domaine de la présomption d'un fait qui crée ou déplace la charge de la preuve. À partir d'indices minimaux, on présume le fait et on fait porter la charge de la dénonciation du fait à l'autre partie. L'exemple que prend Moore est celui de la preuve de paternité d'un enfant. S'il y a eu relation sexuelle dans une certaine période et d'après l'article 262 du code civil suisse (dans son contexte), alors la paternité est présumée et le père est alors chargé de prouver qu'il ne l'est pas. Dans la construction des faits pertinents pour la décision, on présume donc et on délimite les preuves admissibles selon les différents régimes de preuves dans l'ordre juridique particuliers de l'affaire. Il s'avère que si ces régimes de preuves sont trop restrictifs et mécaniques, comme c'est le cas dans la nécessité de

l'aveu pour la preuve de la culpabilité, on risque des erreurs judiciaires dangereuses pour la légitimité de la décision du juge. Moor prend l'exemple de la torture pour forcer l'aveu dans le Moyen-Âge, mais on peut penser au code de procédure pénale japonais qui n'autorise pas les avocats à être présent lors des interrogatoires qui durent des semaines, jusqu'à douze heures par jours. Avec la présomption d'innocence et l'affaiblissement de l'aveu comme mode suprême de la preuve (article 428), le code de procédure pénale définit la notion de « l'intime conviction du juge » dans ses articles 427 et 353 pour déterminer le dire du juge sur l'affaire [13]. Il y a là une différence significative avec le monde de la justice de « common law » qui parle plutôt de lever d'un doute raisonnable et conduit donc à des méthodologies plus rigides dont les limites, notamment idéologiques, sont explorées par Moor. On laisse cette discussion de côté quoiqu'elle est intéressante pour notre sujet.

Pour ce qui concerne le juge donc, il n'est pas sommé de dire ce qui l'a convaincu dans un sens ou dans l'autre mais doit se forger une conviction intime pour permettre une multiplicité des types et modalités de preuves et donc de sélection des faits. La pluralité des régimes de preuves se combine à une pluralité des méthodologies et interprétations des normes possibles par le juge. La procédure juridique et le sens même (signification) de la norme sont en fait tournés vers l'objectif de la juridiction du juge. Jean-Yves Girard propose dans *Le fantôme de la transparence* (Allia, 2016, p. 68-69) la distinction entre sens d'usage et sens d'usine qui signifierait ici la différence entre la signification de ce que l'on produit pour le producteur de la norme légale (législateur) contre celle de son usager (juge). Le sens d'usage « correspond à la totalité des épreuves “envisageables”, totalité à laquelle l'accès nous est à jamais refusé ». Face aux épreuves auxquelles font face les juges, ils donnent un sens à la norme pour pouvoir dire le droit. La concrétisation de la norme juridique implique de l'interprétation. La production du discours sur le droit, qui existe en dehors du juge, est une investigation : il investit la norme de son sens pratique et il en découvre la réalité comme un enquêteur. Le juge « découvre » le droit, pour Moor, au sens de dévoiler ce qui était connu mais caché comme de révéler l'inconnu. C'est une production créative et créatrice mais également une connaissance en surplus, ou au moins différente de celle du théoricien, de la règle de droit. Moor ne peut donc pas s'accorder avec la position kelsenienne d'application mécanique de la norme par l'acte de volonté de celui qui est habilité à imposer la norme individuelle. Cette vision dit quelque chose de ce qu'est dire la justice, le juste, au sens où Salomon tranche arbitrairement et justement ; mais peu de chose de dire le droit, c'est-à-dire l'inventer, le construire dans la pratique sur une base pré-existante par la procédure de l'échange d'arguments. Ce que l'on peut qualifier de jeu des participants pour convaincre le juge.

S'intéresser au raisonnement juridique, c'est donc expliquer quel est le statut de l'interprétation, de l'argumentation et de la conviction dans ce raisonnement qui conduit à la décision. Pour éclaircir ces trois dimensions, on part de la matière disponible : quand le juge prend la parole donc, pour exprimer la décision prise, que met-il par écrit ? Qu'est-ce qu'il dit ? On utilise comme exemple pour ces questions les décisions des cours supérieures de justice dans les différents ordres. Puisqu'ils ne décident pas sur les faits et le fond de l'affaire (qualifications/certifications) mais uniquement sur la cohérence juridique du droit dit par le juge dans sa décision, elles sont plus directement enclines à nous montrer le raisonnement juridique « pur » en action. On choisit donc comme base l'arrêt N° 288460 du Conseil d'État du 24/03/2006 auquel on ajoute un retournement de jurisprudence classique, l'arrêt Prince Napoléon du 19/02/1875, et un conflit de définition juridique entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation à propos de la nature de la CSG [14].

Moor distingue les deux parts de la décision que sont les motifs et le dispositif. Ces deux parties sont explicites dans les écrits considérés qui séparent les éléments motivants (« Vu », « Considérant : ») de la décision prise (« décide »). On note que l'écriture à évoluer dans sa clarté typographique et sépare désormais visiblement chaque point et chaque partie du propos. Cependant, la structure de l'argumentation est remarquablement similaire dans le temps. Cette structure logique est très souvent syllogistique. Partant d'une majeure qu'est la loi et sa signification, le raisonnement y adjoint la mineure du fait présenté, et qui dans notre cas est l'interprétation du droit des requérants, et en tire la conclusion. On en trouve plusieurs exemples. Le Conseil d'État cherche à statuer sur la validité de l'approbation du code de déontologie de la profession de commissaire au compte que les requérants (grands groupes d'audit et cabinets de conseil) veulent voir « annuler pour excès de pouvoir ». On choisit un moment du raisonnement qui juge de la validité des arguments des requérants. Ils affirment que le droit européen (article 81 du traité instituant la Communauté européenne) pour la libre concurrence devrait interdire à l'État français d'instituer par décret une telle réglementation professionnelle [15]. La majeure dans ce cas est le texte ainsi que le sens qu'en a donné la cour de justice des communautés européennes, la mineure revient sur le décret : son « objet » et ses « effets ». De là, la conclusion qui statue sur la compatibilité entre la majeure et la mineure et affirme : « dès lors, les requérantes ne sauraient utilement soutenir que celui-ci serait incompatible avec l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne ; ». On se trouve alors dans un cas kelsenien de jugement sur la base de la logique de la loi appliqué au cas constitué. A première vue donc, le raisonnement juridique est un raisonnement logique, éventuellement formalisable et généralisable. On semble bien loin de la position de Moor, qui est en

fait la position de Chaïm Perelman par exemple dans “Le Raisonnement juridique” ¹. Kelsen considère en effet le syllogisme juridique comme la forme préférentielle du raisonnement des juges et se méfie par exemple des raisonnements par analogie qui établissent des correspondances entre des situations similaires pour en déduire une décision juridique. Sur la base de l’idée que le juriste mène des raisonnements logiques à partir d’un système de règles de droit, la proposition de G. H. von Wright dans « Deontic Logic » [16] est de partir de la logique modale qui assigne des modalités de vérité aux propositions (nécessaire, contingent, possible, connu, contestable...) et de construire des modalités spécifiques aux énoncés normatifs, qui sont des modalités d’obligation (obligatoire, permis, interdit, facultatif...) telles qu’on peut les trouver dans le droit. Les « propositions » sont pour von Wright des « actes » comme le vol, le meurtre, etc. Le juriste est donc celui qui tire les conclusions normativement « vraies » au sens de la logique déontique. Von Wright construit, sur la base d’une méta-logique, une cohérence à sa logique déontique qui repose sur des principes fondamentaux et les lois logiques (logique propositionnelle) qui en découlent [17]. Perelman propose dans « Logique formelle, Logique juridique » [18] une critique des tentatives de formalisation mathématique de la logique juridique en s’appuyant sur les spécificités de la production du discours du juge : la contrainte de réponse, l’ambiguïté des faits, l’obligation de motiver la décision et la procédure d’échange d’arguments. C’est d’une certaine manière un retournement du raisonnement précédent qui s’exprime ainsi : ce n’est pas la démonstration qui conduit à la décision, mais la nécessité de motiver une décision qui forme rétrospectivement l’argumentaire. La logique juridique est donc tributaire plutôt d’une théorie de l’argumentation (de sa force ou sa faiblesse relative) plutôt que d’une théorie logique.

L’écrit est toujours un acte à posteriori de la décision, une reformulation de la procédure contradictoire qui visait à convaincre le juge. C’est une justification argumentée de la légalité de l’intime conviction du juge. En ce sens, un retournement de jurisprudence ne se lit pas comme la correction d’une erreur logique qui a été commise dans le passé, mais comme le gain de force rhétorique relative d’un argument sur un autre dans un nouveau contexte étant donné un nouveau juge à convaincre. L’arrêt Laffitte sanctuarisait pour cinquante ans l’incompétence de la juridiction administrative sur les questions politiques. En lisant l’arrêt, on constate que cette conclusion n’est pas le résultat d’un raisonnement logique mais semble posé par le Conseil d’État comme un état de fait qui implique la décision finale. L’arrêt fait bien la liste des lois et pièces du dossier consulté (les « vu ») puis déclare lapidairement plus que ne démontre la nature politique de la question (acte de gouvernement) et son incompétence pour conclure au rejet de la requête. Inversement, « l’arrêt

¹Perelman, Chaïm. “LE RAISONNEMENT JURIDIQUE.” *Les Études Philosophiques*, vol. 20, no. 2, Presses Universitaires de France, 1965, pp. 133–41

Prince Napoléon » statue de fait sans revenir de manière argumenté et logique sur son droit à statuer dans cette affaire. Il considère que l'argument du commissaire du gouvernement (M. David) [19] est suffisamment convaincant. Il tranchera d'ailleurs en faveur du gouvernement sur la base que le grade de général dépendait de la volonté de l'empereur, que donc elle n'était pas irrévocable et éternel et que, désormais, suite au changement de régime, la décision revient à l'officier qui en a la charge.

Au fond de notre quête pour déterminer ce que recouvre la fonction de production du discours juridique du juge, on trouve donc une compétition d'acteurs (avocats, procureurs, commissaire du gouvernement...) qui avancent des arguments juridiques pour convaincre le juge de les adopter dans sa décision. Le juge met alors un terme à l'échange d'argument lorsqu'il dit le droit. Ses conclusions et motivations passent ensuite éventuellement sous l'analyse, sorte de contrôle de qualité juridique, de la « police argumentative » que sont les différentes cours supérieures (Cour de cassation, Conseil d'Etat). On note également que si le dit du juge est imposition dans l'affaire traitée, le jeu des argumentations croisées continu en théorie, comme en pratique dans d'autres litiges. On retourne parfois la décision si les arguments gagnent en force. On admet également avec Perelman qu'il n'y a pas nécessairement, dans le domaine de la raison pratique, une force intrinsèque des arguments logiques, au sens de la logique formelle ou déontique. En disant tout cela cependant, n'a-t-on pas simplement reconduit la difficulté centrale en la déplaçant du juge vers les acteurs du jeu juridique dans leur ensemble ? On n'a toujours pas dit en effet ce qui fait le cœur de l'argumentation juridique et de sa force en pratique. Qu'est-ce qui fait d'un argument qu'il est convaincant pour le juge, que le juge accepte donc de le faire sien et de le dire comme étant le droit ?

Moor qualifie de « briques » les concepts juridiques, lois et normes à partir desquelles les juristes construisent leurs arguments, lesquels doivent avoir pour fonction de « ramener l'inconnu au connu ». Ces « briques » plus ou moins dures dépendent dans leur validité du nombre de conditions à réunir pour être légitimement utilisable dans l'argumentation. En l'absence de « briques » suffisamment nombreuses ou suffisamment bien construite dans un domaine spécifique du droit (la « densité normative ») ; le juriste, soumis à la contrainte de réponse, se trouve forcé de les modeler ou les remodeler lui-même. Dans l'interstice donc de ce qui pré-existe, mais ne correspond pas tout à fait, le juriste, et en dernière instance le juge, produit des normes nouvelles ou des significations nouvelles attachées à ces normes. Entre transcription, application mécanique de la loi pré-existante, et discrétion radicale du juge qui produit entièrement le droit qu'il dit, il y a une

troisième voie. C'est celle que, partant de l'idée de juge comme « bouche de la loi », Gérard Timsit appelle la transdiction qui est « dite » du droit « à partir et dans les limites de la loi écrite. » [20]. De cette transdiction, on a déjà touché à l'aspect de ce que Timsit appelle la « spécification » des faits, qualification et construction des « faits générateurs ». La « certification des références » touche quant à elle à la construction de la « brique » utilisée pour traiter le fait spécifié. [21] Cette certification est en pratique un processus d'invention de la « référence objective » nécessaire au traitement des faits spécifiés ; sous la contrainte que cette invention soit elle-même « objective ». Cette invention doit se rapporter à un principe juridique, une valeur ou un code effectivement présent dans une loi écrite, ou plus généralement une « brique » en tant qu'objet juridique pré-existant, pour assurer l'objectivité de la référence.

Selon telle ou telle spécification, on construit des solutions qui impliquent des mutations du sens des textes, des « briques », tant que l'on trouve des justifications de ces mutations dans le droit écrit. Prenons donc l'exemple de la définition de la CSG (cotisation sociale généralisée). On considère généralement un impôt comme « une prestation pécuniaire requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques » selon une formule qui serait due à Georges Vedel [22]. Le Conseil constitutionnel dans sa décision 90-285 DC du 28 décembre 1990 considère la CSG comme un impôt, notamment au titre que le contribuable ne reçoit pas de contrepartie directe au paiement [23]. La Cour de cassation, dans son Arrêt n° 4278 du 18 octobre 2001 (Pourvoi n° 00-12.463.), donne raison à M. Eric André qui demandait le remboursement par l'URSSAF des montants de CSG payée alors qu'il est travailleur transfrontalier. Or, si la CSG est un impôt, comme le fait valoir l'URSSAF, tout résident est redevable. La cour de cassation s'appuie alors sur deux arguments : 1) le droit communautaire (Union Européenne) prime sur le droit interne et 2) la cour de justice de l'union européenne a considéré dans son arrêt du 15/02/2000 (Affaire C-169/98, commission des communautés européennes contre la république française) que la CSG relevait du Règlement (CEE) n°1408/71 [24] qui implique de fait que la CSG est une cotisation (au sens de ce règlement) et indépendamment de la définition qu'en donne l'État français [25]. Les deux principes qui se confrontent sont donc ceux de l'impôt comme prestation pécuniaire sans contrepartie et de l'impôt comme prestation pécuniaire sans affectation budgétaire a priori (notamment à la sécurité sociale dans notre cas). Or, dans ce cas, la cour de cassation pose une interprétation de l'impôt contraire à l'arrêt cassé et au Conseil constitutionnel sur la base de l'arrêt de la Cour européenne. Celle-ci prend la définition d'impôt et de cotisation des textes européens quoique dans le cas considéré le travailleur frontalier travail en Suisse (hors Union européenne). La Cour de cassation opère là un mouvement de l'ordre de l'interprétation en considérant que la décision de la CJUE ne dit pas que

la CSG doit être considérée « comme » une cotisation dans les relations entre pays membres (c'est-à-dire soumis aux textes considérés) mais bien qu'il est une cotisation en droit français, car il l'est en droit communautaire.

A la lecture de la décision de la CJUE [26], on comprend donc bien ce que veut dire Timsit lorsqu'il parle d'une invention objective car l'invention doit justifier juridiquement le choix de cette référence plutôt qu'une autre à partir de la spécification des faits. Elle reste invention tout de même car elle implique la construction d'une solution technique (inexistante à priori) au problème du fait. Le juge fait donc sienne l'interprétation qui rapporte le plus objectivement, c'est-à-dire avec le moins d'innovation juridique possible, une certaine spécification des faits à certaines références juridiques parmi celles disponibles et en tire les conséquences applicables. En comparant transdiction à la « rétrodiction » de Paul Veyne dans « Comment on écrit l'histoire ? » [27] ; Timsit tente de montrer l'opération bayésienne, au sens de l'inférence des causes probables d'un événement observé, au cœur de l'interprétation, et donc de l'argumentation, en droit comme en histoire. La recherche des « causes adéquates » des faits observés a ceci de particulier par rapport à la littérature ou l'histoire pour Timsit que les causes admissibles (construites par « remontée » des faits aux références ou par « descente » des faits aux effets) ont des conséquences sur le monde sociale. La nature des interprétations, donc des argumentations, convaincantes en droit (et des références mobilisées) est donc tenu comme on la dit par l'état du droit écrit d'une part, mais aussi par l'état du monde social et la nature performative du discours juridique.

L'argumentation juridique est, en ce sens et encore une fois, une projection de la réalité sociale dans les coordonnées du droit dont on dit désormais qu'il fonctionne comme un recodage sémantique particulier ; celui de l'invention d'un lien entre un certains nombres de faits sélectionné et un certain nombre de « briques » juridiques plus ou moins malléables, c'est-à-dire interprétables. Ces briques sont, pour les faits, des références objectives sélectionnées dans le droit écrit par le « droit » comme pratique argumentative méthodique et technique. On justifie ainsi du choix de cette référence plutôt qu'une autre par l'interprétation, toujours juridiquement fondée, du sens de la brique et du fait spécifié.

Moor et Timsit semblent ainsi dire contre Kelsen que l'énonciation du droit par le juge en pratique fait pleinement partie de la « science juridique ». C'est bien une entreprise de connaissance et d'élucidation qui fonctionne comme un pouvoir d'organisation de la réalité, et donc une prise de pouvoir, une captation, sur les forces sociales redéployées par son truchement. Il n'y a qu'un pas pour dire que le juriste, et en fait l'État, cherche à se rendre « comme maître et possesseur » du fait social comme la technique cherche à le faire pour la nature, en se fondant sur les lois construites par

le scientifique. Il y a très probablement de plus grandes similarités, que même ne pouvait le penser Kelsen, entre la construction de l'objet scientifique et la construction de l'objet juridique ; ou encore entre la réinterprétation des lois de la nature et des lois juridiques lorsqu'elles font face à de l'inconnu, du nouveau, de l'inexpliqué par les lois disponibles dans le paradigme de l'époque.

Timsit attire cependant l'attention à la fin de son étude de cas sur la nature de l'interprétation qui est également tenu par le public auquel il s'adresse : sur lequel il agit, par lequel il agit et qui agit donc sur lui. Il admet là que le juge doit tenir la justification juridique de l'argument tel qu'exposé plus haut en même temps que sa justification sociale, c'est-à-dire son caractère raisonnable pour la société.

III/ On dit donc que dire le droit, c'est arrêter la procédure d'échange d'arguments par les différents acteurs du jeu juridique à partir d'une certaine spécification des faits sur la base de méthodologies de construction de la preuve et de sélection des faits laissées, dans la mesure du droit écrit, à la discrétion du juriste à convaincre. Les arguments échangés, ou plutôt les argumentaires dans leur ensemble, ont pour fonction de lier ces faits à des références objectives dans le droit écrit (lois, codes, droits dit dans le passé...). Cette liaison est une invention. Cette invention est la construction d'une solution technique inexistante étant donné la spécificité des faits, elle est le plus souvent une interprétation particulière du droit (transdiction). Elle est différente de l'interprétation historique et littéraire. Elle engage des techniques objectives acceptables en droit, des références écrites choisies, ainsi que des effets sociaux (des effets sur des publics extra-judiciaires) qui la contraignent rétro-activement.

Cette conception tend à effacer la dimension subjective de l'interprétation du droit. Cette dépolitisation, ou cette dé-socialisation, de la parole du juge est assumée chez Timsit par exemple qui parle de « transcription » pour l'application mécanique de la norme, de « transdiction » pour la construction d'une solution objective et de transgression pour l'interprétation discrétionnaire subjective du juge. Cette dernière semble d'après lui n'être déjà plus tout à fait du droit mais un « pas au-delà » de ce que le juge devrait faire, devrait dire. Cette difficulté est également sensible chez Moor qui développe une vision presque habermassienne de la co-construction de l'argumentation par le dialogue dans le cadre juridique (dialogue entre acteurs, avec l'extérieur au droit, avec le passé, avec la « doctrine »). Le « travail avec la loi » du juriste est, d'après lui, d'agencer les concepts pour réduire l'innovation normative au minimum possible. La souplesse méthodologique ainsi que la liberté argumentative sont les moyens d'assurer l'équilibre des voix

dissonantes dans la discussion et de composer la bonne musique harmonieuse du droit que le juge dit. Or, ce travail de composition suppose néanmoins des conditions sociales de possibilité cachées aux acteurs du jeu juridique dont il n'est pas évident qu'elles sont effectivement réunies ou sans influence sur la prise de décision du juge. Cela risque de fragiliser l'appréciation de l'énonciation du droit à laquelle on parvient ici.

Le dire du juge répond à une double exigence sociale fondamentale. Celle, première, de neutraliser les conflits et de régler la dispute (contrainte de réponse). La seconde, que l'on n'a pas encore assez discutée, est la fonction particulière de l'institution juridique de permettre au monde social de se passer d'elle, d'auto-réguler les conflits qui émergent. Il faut pouvoir dire ce qu'aurait dit le juge dans une situation sans avoir à faire appel à lui, sorte de performativité spécifique au langage juridique qui s'ajoute à la performativité de la décision. Or, pour cela, il faut que le dire du juge soit prévisible, « pré-dictible ». Autrement dit, que l'argumentation soit moins logique intrinsèquement que raisonnable dans un contexte donné pour un agent extérieur au champ juridique. Cependant, on a dit que la prise de décision du juge ne répond pas à une logique formelle, que les méthodes et les argumentations sont souples et extrêmement technique et que le juge invente la référence qu'il utilise au moment où il l'utilise. Quelle est alors la nature de cette prédictibilité, c'est-à-dire du raisonnable et de l'acceptable chez Perelman [28] ? Pierre Brunet note cette difficulté dans « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation » [29]. Pour Perelman, l'interprétation du juge ne peut pas être à la fois raisonnable et arbitraire, subjective [30]. Mais les juges doivent en pratique transformer par interprétation le texte, la norme de droit positif, pour assurer l'acceptabilité de la décision et donc opérer des choix entre des interprétations concurrentes et justifiables. Ce choix ne s'opère que par référence à une conception éthique du raisonnable, c'est-à-dire par référence à un principe moral supérieur qui commande le choix du juge. C'est ce qui conduit Brunet à voir l'implicite d'un objectivisme moral qui sous-tend l'objectivité de l'interprétation chez Perelman (et chez Timsit) [31]. Et cet implicite est pour le moins difficile à tenir lorsque l'on considère l'influence des situations sociales des discours sur leur contenu, les pratiques des acteurs et la nature de la langue et de l'interprétation. Le problème du juge n'est alors pas nécessairement que sa dite du droit ne soit pas absolument arbitraire, mais plutôt qu'elle n'apparaisse pas comme tel aux yeux des autres. Quoique les autres acteurs du jeu juridique, comme les autres membres de la société ordonné par le droit que dit le juge, ne sont souvent pas dupe des tours de passe-passe linguistiques et des inter-subjectivités en actions dans le théâtre procédurale de la justice comme bureaucratie.

Pour montrer que dire le droit, c'est aussi tenter de maintenir debout l'illusion dans l'objectivité de l'invention du droit, commençons donc par dire un mot de la langue et de l'interprétation dans leurs dimensions sociales et politiques. Ronald Dworkin avance dans le chapitre I de *Law's Empire* deux arguments qui ont constitué des sujets de débats profonds dans la philosophie du droit et qui touchent à la nature de la controverse en droit. Dale Smith propose dans « Theoretical Disagreement and the semantic sting » [32] une interprétation de ces deux arguments : « l'argument du désaccord théorique » (« ATD ») et son explication pour Dworkin, le « semantic sting » (« SSA »). Le premier renvoie à l'idée qu'il ne peut pas y avoir de désaccord juridique entre deux juristes compétents et honnêtes, car ils sont à minima d'accord sur le sens que recouvre le terme de droit, ses sources et en particuliers les séries de « tests » (ou de critères) qui permettent de s'accorder sur le sens d'une proposition de droit. Le second est une explication de la raison pour laquelle de nombreux théoriciens succombent, du point de vue de Dworkin, à l'ATD. Le SSA dit que si deux juristes sont en désaccord sur une proposition de droit, c'est qu'ils utilisent des critères objectifs de test de cette proposition différents. En pratique, ils ne veulent pas dire la même chose quand il réfutent ou acceptent telle ou telle proposition comme étant le droit. En conséquence, ils n'ont pas de désaccord théorique fondamental, mais uniquement des différences d'usage des critères de droit et des significations qu'ils manipulent. [33] Dworkin explicite ces arguments principalement pour les réfuter. On peut penser de prime abord que la proposition de Perelman est similaire à celle de Dworkin selon laquelle le travail de « dite » du droit est un travail d'échanges d'arguments et d'interprétation. Cependant, en suivant Brunet, on constate que l'introduction des concepts d'acceptabilité et de raisonnable semble indiqué une difficulté qui soumet la théorie perelmanienne au SSA en soumettant le dire du juriste à un critère moral objectif. En ce sens, Dworkin mentionne que la théorie du droit naturel peut également être coupable de la croyance dans l'ATD et le SSA pour des raisons que l'on peut percevoir comme s'appliquant à Perelman :

« For example, natural law theory could be seen as claiming 'that lawyers follow criteria that are not entirely factual, but at least to some extent moral, for deciding which propositions of law are true' (*Law's Empire*, 35). » (Dale Smith, p.639).

On considère ici que la notion de « vérité » (« true ») ne signifie que minimalement la proposition de droit qui doit être dite, la « bonne ». Un juriste perelmanien peut donc arguer de la nature raisonnable ou non de l'interprétation de son adversaire ou de la sienne, mais leur désaccord est-il un désaccord de fond théorique sur la signification de la proposition de droit et des sources du droit (au sens de « grounds of law » chez Dworkin : ce qui confère sa « légalité » à une proposition de droit) ?

Timsit considérerait la conception dworkinienne de l'interprétation comme trop peu sensible au rôle social, et donc moral, du juge et de l'institution juridique dans la société [34]. Cependant, faire tenir l'objectivité de la procédure d'invention juridique, c'est maintenir une conception de l'interprétation qui prête le flanc au SSA. Dworkin dans « Law as Interpretation » [35] indique en fait que l'interprétation comme relecture des textes juridiques passés à l'aune des besoins du cas présent est une fonction des conceptions politiques du juge qui lit. Le juge a une conception personnelle de sa fonction politique (dans la cité) qui colore ses interprétations et ses choix [36] et que les autres juges, ou juristes, ne partagent pas nécessairement. Cela constitue une des sources des désaccords théoriques sincères sur des propositions juridiques entre des juristes compétents et honnêtes. La procédure et le temps du procès ne sont plus alors ni des espaces de dialogue logique sur la nature substantielle du droit applicable, ni des espaces d'échanges d'arguments juridiques convaincants et raisonnables, mais des espaces de luttes politiques ; au sens d'arène de combats pour forcer le juge à rallier une interprétation plutôt qu'une autre sur la base de ce que les joueurs savent des biais du juge et des armes à leur disposition.

Il y a au fond de cette idée un risque de délégitimation de la parole du juge et de l'institution juridique. La structure de l'énoncé et de l'écrit, comme du reste l'ensemble des règles du jeu de la locution dans le champ juridique, sont en général perçues comme des moyens techniques du maintien de cette légitimité. L'autorité du juge, c'est-à-dire du droit qu'il dit, dépendrait en dernière instance d'une certaine objectivité des énonces produits, ou du moins d'une justification indépendante des partis-pris politique du juge. Mathilde Cohen dans « Reasons for Reasons » (2007) tente de trouver une explication de la justification des décisions prises par les institutions publiques, comme la justice. Exposer les raisons d'une prise de décision particulière pourrait d'abord se justifier comme un moyen de garantir une meilleure prise de décision, en soumettant la justification aux critiques publiques. Cohen note toutefois que la théorie politique libérale justifie la justification des décisions de manière « instrumentale » comme un moyen d'atteindre une valeur politique ou morale différente de l'efficacité. Elle discute en particuliers quatre valeurs démocratiques souvent mobilisées pour justifier la justification : le respect notamment dans la dignité des personnes et leur autonomie, la confiance dans l'institution, la construction du consensus autour de la décision et la responsabilité publique de l'institution qui doit rendre des comptes. Cohen montre par exemple que des institutions qui n'exposent pas les raisons de leurs décisions ont la confiance des partis-prenantes (jurés d'assises) ; que l'exposition des raisons d'une décision ne conduit pas nécessairement à la construction d'un consensus mais nourrit le dissensus en offrant la possibilité de la critique des erreurs de l'institution ; ou encore qu'exposer les raisons d'une décision n'implique pas nécessairement une meilleure application, ou performativité, de la

décision produite. On rejoint là une forme de scepticisme quant aux raisons des raisons données par le juge dans sa décision que notait Dworkin dans « Law as interpretation ». Il indiquait à juste titre que de nombreux praticiens du droit ne sont pas dupe de l'influence des sensibilités et conceptions politiques du juge sur la « dite » du droit.

Force est de constater cependant qu'absolument toutes les décisions du juge sont motivées, et que ce que l'on a dit des modalités de l'argumentation et de l'écriture du droit tient au moins dans la conception que se fait l'institution de son propre travail ; notamment de la nécessité d'être compris par le reste du monde social. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation ont insisté dans différents rapports sur la nécessité de modifier les règles de rédaction des décisions de justice, et des arrêts des différentes cours, en se fondant explicitement sur les raisons qu'invoque Cohen dans son article. On trouve ainsi dans la "Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée" de la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation de décembre 2018 la mention des lectorats de référence (justiciables, juridictions, professionnels...) et des raisons juridiques de la nécessaire clarté des motifs et des arguments [36b]. La conception de l'interprétation juridique objective et méthodique, du dialogue des juges et juristes, la nécessité démocratique d'être compris pour faire accepter les décisions, construire le consensus, permettre la critique ou respecter les ayants droit et parties prenantes sont toutes les raisons données par la commission pour faire évoluer la mise par écrit de la parole du juge. Or, si l'on tombe en dernière instance sur l'arbitraire des interprétations et l'absence de nécessité de la justification pour atteindre ces objectifs, à quoi peut donc bien servir ces entreprises coûteuses et complexes de contrôle de l'énonciation du droit ? Cette structure de l'énonciation doit bien répondre à une fonction particulière qui a à voir avec l'apparence de la légitimité à minima.

C'est probablement là que se joue la question de la prédictibilité du dire du juge. Le dire du juge contient de l'arbitraire qui doit se donner « l'apparence » de la légitimité ; mais pour cela, il doit surtout donner les moyens de jauger de cet arbitraire au reste du monde social. Les motivations sont donc surtout des faisceaux d'indices qui permettent aux autres institutions et aux justiciables de se faire une idée systématique des biais « psychologiques » de l'institution judiciaire dans un contexte historique et politique particuliers.

La critique Bourdieusienne des analyses des « actes de langages » chez J.L. Austin [37] est au fond que les paroles n'ont de force que celle de celui qui les prononce dans une situation sociale particulière [38]. Or certains linguistes, et ceux qu'ils ont inspirés dans la philosophie du droit, ont tendance à prendre le langage, et le langage juridique a fortiori, comme un objet d'étude autonome et donc à « chercher le pouvoir des mots dans les mots, c'est-à-dire là où il n'est pas » (Partie II :

Langage et pouvoir symbolique, chapitre 1 : Le langage autorisé : les conditions sociales de l'efficacité du discours rituel). Il faut probablement voir l'origine des attitudes et réactions des individus à un énoncé, notamment normatif ou illocutoire, d'abord dans la situation sociale de la personne qui parle. Ainsi, les conceptions de Moor, de la Cour de cassation ou de Timsit sur le dialogue, l'interprétation ou la production du discours juridique tombent sous le coup de la critique qu'il fait par exemple à Habermas dans *Les méditations Pascaliennes*. Elles éludent en particuliers l'existence d'un champ juridique qui n'est que partiellement autonome des autres, c'est-à-dire qui contient des règles structurantes intériorisées par les praticiens lors de leur entrée dans le champ et qui conditionne la prise de parole et sa force.

Dans « la force du droit » [39], Pierre Bourdieu explicite les fondements de sa sociologie du droit en se servant des concepts produits dans ses autres projets de recherche. Il tente de tenir la ligne médiane entre deux positions limites. D'une part, la conception marxiste du droit (ou même « économiste » plus généralement), dont on peut dire qu'elle est la forme limite de l'hétéronomie complète du champ juridique en tant qu'elle ne voit dans la production du discours juridique qu'une production comme les autres soumise à la dialectique matérialiste en occultant « la forme spécifique du discours juridique » et ses fondements sociaux. D'autre part, la conception Kelsenienne du droit qui est quant à elle la forme limite de l'autonomie complète du champ juridique qui se fonde lui-même et dont il soutient qu'elle n'est que la forme la plus conséquente « de l'effort de tout le corps des juristes pour construire un corps de doctrines et de règles totalement indépendant des contraintes et des pressions sociales. ». La logique du discours juridique est d'après Bourdieu le produit de la logique sociale de structuration du champ juridique. Celle-ci est déterminée à la fois par la concurrence interne des acteurs entre eux pour dire le droit (ce qu'il appelle le « conflit de compétence ») et par l'espace des solutions disponibles et mobilisables dans cette lutte « à chaque moment », c'est-à-dire historiquement.

La concurrence est d'ordre symbolique et consiste en la bataille pour obtenir le « droit de dire le droit », c'est-à-dire la légitimité d'ordonner le monde social, d'imposer son interprétation du droit. On comprend donc que les interprétations ne peuvent ni être purement arbitraire auquel cas on perd la bataille (on ne respecte pas les règles du jeu juridique), ni être logiques et mécaniques, c'est-à-dire indépendantes des pressions externes au champ (le raisonnable perelmanien), sans quoi il n'y a pas même de bataille à mener et c'est tout le champs juridique qui risque la délégitimation. Bourdieu voit dans les droits subjectifs le signe de l'incomplétude de l'autonomie du champs inscrite dans le corpus juridique même. L'émergence du droit social (droit du travail par exemple) est à la fois enregistrement d'un rapport de force sociale qui a évolué au cours du siècle, et moyen de l'efficacité symbolique du droit comme ordre normatif. L'interprétation chez Bourdieu est alors

une mobilisation de « la force symbolique » (force conférée par l'Histoire et l'État) enfermée dans le texte à l'état potentiel dans la lutte pour le droit à dire le droit. Or, l'organisation hiérarchique de ce corpus, l'habitus des juristes qui ont payé les prix culturels et symboliques de leur accession aux champs, autant que la hiérarchie et la procédure de résolution des conflits d'interprétations tendent à cacher aux acteurs eux-mêmes les fondements historiques et sociaux de la raison juridique [40]. Repérer cette illusion particulière revient à analyser les tournures syntaxiques utilisées par le droit et qui ne sont pas remise en cause par les juristes. Bourdieu repère comme moyen de « l'a-priorisation », « l'effet de neutralisation » qui se voit dans les tournures impersonnelles et dans les constructions à la voie passive imposant l'énonciateur comme sujet universel, c'est-à-dire désocialisé ou même transcendantal. Le Conseil d'État insiste sur le maintien de ce style dans son « vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative » [41] qu'il considère comme fondamental. Bourdieu ajoute à cela « l'effet d'universalisation » qu'il repère entre autres, et pour ne donner qu'un exemple, dans l'usage systématique de l'indicatif pour énoncer des normes. Il voit dans cette « posture universalisante », une dimension de la cohésion du champ juridique en partage parmi les agents différenciés et en concurrence avec les autres mais qui vivent tous « de la production et de la vente de biens et services juridiques ». Un espace où l'on est en concurrence est en ce sens un espace où l'on partage des représentations communes sur les enjeux de cette concurrence et ses objets.

L'interprétation et la « dite » du droit spécifique à chaque acteur du champ sont donc liées à la division du travail de production du discours juridique dans le champ considéré et à la concurrence des agents entre eux. Bourdieu voit un continuum entre praticien et théoricien du droit où se répartissent les différentes conceptions de l'interprétation comme formelle et doctrinale d'un côté, pratique et casuistique de l'autre. Chaque production nouvelle d'une norme, ou d'un discours sur une norme, engage des réactions et résistances de la part du reste du champ. Finis par prédominer, les conceptions de ceux qui détiennent, « à un moment donné dans une tradition déterminée », l'avantage dans la lutte symbolique. Cette lutte des visions de l'interprétation est pour Bourdieu également le moteur de la cohérence et de l'efficacité normative du droit. Les praticiens (juges, avocats...) assurent l'applicabilité des normes, les théoriciens assimilent les normes nouvellement produites dans un corpus réutilisable et cohérent dans sa forme.

Bourdieu ajoute ainsi à l'interprétation dworkinienne la nécessité structurelle de faire tenir l'édifice. Le juge ne tranche pas d'abord parce qu'il a une conception éthique et politique particulière de son travail mais aussi et surtout parce qu'il occupe une position particulière dans le champ juridique. Le juge opère une neutralisation des conflits entre les participants du litige en même temps qu'une neutralisation du conflit entre les acteurs en concurrence du jeu juridique. En

réduisant ou en étendant la signification de la norme à appliquer, il tranche un rapport de force. Par l'écrit, ensuite, il communique les raisons de son arbitrage pour l'intégrer au reste du champ. En même temps qu'il prend position, il joue sa place et sa légitimité. Ainsi, tous les juges, et tous les acteurs n'ont pas la même capacité à interpréter et la liberté de s'écarter de la norme dépend beaucoup de la place dans la hiérarchie bureaucratique et symbolique [42]. Le degré d'autonomie d'un juge dans les décisions qu'il prend vis-à-vis des normes est alors un bon indicateur de sa position dans la hiérarchie des légitimités du champ ou de la force d'un domaine du droit sur les autres à un moment donné.

La prédictibilité du dire du juge est alors moins due à l'objectivité de l'interprétation ou à la rationalité du raisonnement juridique qu'aux habitus communs des participants aux jeux (qui connaissent les règles du jeu et jouent leur rôle) et à l'inertie relative du champ juridique au sein duquel les rapports de force n'évoluent que lentement sous réserve qu'ils évoluent dans le reste du monde social [43]. Le dire du juge est alors une redite qui fonctionne comme une élévation de ce qui existe déjà dans le monde social et qui s'impose sous les traits de l'universel et du normal, c'est-à-dire du normé. Tout l'enjeu du droit est alors de dire la décision sans en dire les déterminants politiques et sociaux mais en la motivant juridiquement. De le faire passer au stade de l'officiel, du neutre et du normal. Les règles d'écriture et d'énonciation ainsi que la nature du raisonnement peuvent changer dans la mesure qu'est maintenue cette fonction de reproduction de la neutralité de « la bouche du droit ».

Conclusion :

Au terme de cette réflexion, quelques éléments de significations émergent quant à l'exercice particuliers auquel se soumettent les juristes lorsqu'ils disent le droit. On peut dire sans trop se tromper que dire le droit signifie produire un discours neutralisant les conflits potentiels. Cette neutralisation engage la croyance, sinon même les illusions, qu'ont les différents acteurs du champ juridique et du reste de la société dans le bien-fondé des décisions prises.

Maintenir cette croyance impose de soumettre l'arbitraire indépassable de la décision à des procédures de justifications qui utilisent les moyens de l'argumentation logique, des confrontations discursives et du formalisme juridique au sens de l'ordre des légitimités des différentes cours comme au sens de la technicité de la science juridique. On dit de l'arbitraire qu'il est indépassable non pas parce qu'il s'exprime partout. De fait, on a longuement discuté la forme objectivée et neutralisante, quoique pas nécessairement formellement logique, de la méthode argumentative et de sa matière en droit. Néanmoins, l'arbitraire s'exprime radicalement dans les arbitrages que font les juristes face à l'espace des interprétations possibles des mots et des choses juridiques. Il s'impose du fait même de la logique du champ et de ses missions. Ainsi, le juge doit trancher quoique le débat puisse continuer. Il tranche dans un univers incertain avec une rationalité limitée, ce qui l'oblige à jauger plutôt qu'à juger dans les cas, fréquents, d'incertitudes normatives ou factuelles. Or, cette dimension intuitive de l'énonciation du droit n'est jamais que l'expression d'un habitus particulier, c'est-à-dire historique, dans le cadre d'un champ qui connaît des règles instituées historiquement. Une sorte d'épistémè juridique incorporée qui se comporte comme condition de possibilité a priori de la prise de parole du juge.

L'interprétation subjective du droit par le juge, depuis sa position sociale particulière, est une nécessité sans laquelle le droit est rendu inapplicable. Elle est cachée, néanmoins, car sa légitimité, la croyance collective dans sa force régulatrice, disparaîtrait. Dire le droit, c'est engager à la fois sa propre légitimité à l'égard de la société et de ses pairs en même temps que la légitimité de l'ensemble du système normatif particuliers qu'est le droit.

Comment fonctionne l'interprétation si elle ne se contente ni d'inventer, ni d'appliquer mécaniquement ? Elle use des contextes linguistiques, des polysémies et des ordres logiques différents et en distribue les responsabilités aux différents acteurs du jeu juridique. Or si cette interprétation conduit à un éparpillement désordonné, c'est encore ici la légitimité du champ qui est en péril. Les acteurs théoriques du champ sont en charge de produire un discours unificateur sur le droit, à partir des écarts de la pratique, pour assurer la cohérence interne de l'édifice. c'est peut-être ce qui pousse les tentatives de recherches d'une logique axiomatique du raisonnement juridique en

général. Dire le droit, pourrait donc être en bonne partie dire le social sous la forme du droit (et dans la perspective du juriste sur le social) pour maintenir et reproduire l'ordre juridique et l'ordre social simultanément. Qu'en est-il des retournements de jurisprudence dans ce cas ? Ce sont surtout des rattrapages par le droit des mutations de l'acceptable et du raisonnable opérant dans le social sans lesquelles l'illusion dans la force régulatrice du droit risque de vaciller, la légitimité du droit de tomber.

On conclut donc que dire le droit, c'est tenter et réussir le tour de force de ramener la réalité anarchique (ou plutôt pluri-archique) du monde social sous le régime de l'ordre juridique en construisant le fait et en interprétant le droit dans le contexte du droit écrit. Cette interprétation est significativement déterminée par la position de l'interprète dans le champ juridique, c'est-à-dire de sa dotation en capital symbolique et de ses dispositions. Elle opère par neutralisation et normalisation en cachant ses fondements sociaux et historiques.

Remarquons ceci pour finir :

Notamment à propos de l'exercice de « ramener l'inconnu au connu ». Cette formule qu'utilise Moor entre en résonance avec l'analyse psychologique, que fait Nietzsche dans *Le crépuscule des idoles* (1888- 1889), de l'association des causes imaginaires à des effets inconnus ou incompris. Cette association est le moyen d'après lui d'écarter l'inquiétude (« la représentation angoissante ») qu'implique la confrontation à de l'inconnu. Le « sentiment de peur » que connaît le juriste face à l'inconnu du fait de l'affaire et la contrainte de réponse conduit son « instinct de cause » à ramener l'inconnu à la « référence objective » du droit écrit. Ce sentiment est, de ce que l'on a dit, l'expérience affective de la prise de risque que contient toute énonciation du droit, toute interprétation, pour la réputation du juriste (sa position dans le champ) et la réputation du droit en général sous toutes ses définitions (science juridique, ordre normatif, ordre bureaucratique hiérarchisé...). Parviendra-t-il à opérer une neutralisation convaincante et efficace symboliquement ?

Au regard de l'argument de Cohen, chacune des valeurs démocratiques et libérales inspectées ne recouvrent que partiellement l'objectif fondamental de neutralisation du discours à l'aune duquel se comprend peut-être la malléabilité de l'écriture et du raisonnement juridique. Par exemple, maintenir la confiance dans l'institution permet en effet de faire accepter la position transcendante du juge mais les raisons données ne peuvent pas pointer l'illusion de cette position. Si les raisons permettent de faire grandir la confiance dans l'institution mais érodent la neutralité, ils doivent absolument être cachés. Là, il existe une différence significative entre la méthodologie en science sociale et en droit par exemple, qui probablement mérite d'être explorée. Les

anthropologues et sociologues par exemple tentent « d’objectiver l’objectivation » en tenant des carnets complets des états de leurs observations et en retournant contre eux les méthodes d’analyses de leurs sciences car ils ont conscience de l’existence d’un enracinement social du point de vue de l’analyste sur l’analyse de son objet. Le juge à l’inverse le passe sous le tapis, car il a de bonnes raisons de le faire. L’objectif n’est pas pour lui de savoir la vérité de l’affaire, ou même d’être juste, mais de tuer la dissension dans l’œuf.

Ce serait un mensonge que de dire que je maîtrise l’entière teneur des débats juridiques et historiographiques sur le statut de la parole des juristes dans les régimes non-libéraux et non-démocratiques, et en particulier dans le cas des régimes totalitaires. Cependant, à l’issue de cette modeste réflexion, le point semble aller aux tenants de l’idée que le droit a, malheureusement, simplement et pleinement joué son rôle de droit ; c’est-à-dire de normalisation et de neutralisation de la potentialité destructrice de la conflictualité qu’engendrait mécaniquement la mutation du rapport de force entre les idéologies en présence dans le monde social comme dans le champ juridique. Yves Ternon cite, dans « La robe brune – Les juristes allemands et le national-socialisme (1933-1936) » [44], l’exemple d’Olivier Jouanjan qui indique dans « La Doctrine juridique allemande » [45] en quoi c’est un acte d’interprétation similaire à ceux que l’on a essayé de déplier qui conduit à nier le droit subjectif ou la limite juridique au pouvoir de l’État totalitaire :

« toute formulation du droit limite les pouvoirs de l’État, ce qui va contre le *Führerprinzip*. Les juristes nazis tournent la contradiction en construisant une abstraction politique, le peuple, mais en conférant à cette abstraction une réalité concrète, le Führer. « La volonté qui se forme dans le Führer n’est pas la volonté personnelle d’un individu, mais la volonté générale d’une communauté » Ainsi, la communauté du peuple s’incarne dans Hitler. »

Ce qui pré-existe et détermine cette interprétation est le rapport de force politique dans le monde social et la captation du pouvoir symbolique de dire le droit dans le champ juridique.

Références et citations mobilisées :

[1] Article 5, Version en vigueur depuis le 15 mars 1803, Création Loi 1803-03-05, promulguée le 15 mars 1803:

"Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises."

[2] Article 4, Version en vigueur depuis le 15 mars 1803, Création Loi 1803-03-05, promulguée le 15 mars 1803:

"Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

[4] Travail :

Sont mentionnés le plaignant (M.G.), la rapporteure (Mme Marie Thalabard), le rapporteur public (M. Dominique Rémy), le président (M. Vergne), la première conseillère (Mme Thalabard) et une seconde (Mme René) ainsi que la greffière (I. Le Vaillant). D'autres « travailleurs » sont par ailleurs nécessaires à l'énonciation du droit qui ne sont pas mentionnées (sécurité du tribunal, administration, agent de propriété...).

Capital : « Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code de justice administrative. »

[5] Richard A. Posner, "Wealth Maximization Revisited," 2 Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy 85 (1985). :

« To most people who are not economists, the word "wealth" suggests money. But to an economist, it refers to weighting preferences for the things that people want, either by willingness to pay for a thing, if you do not own it, or by unwillingness to part with it voluntarily, if you do own it. »

[6] Kaplow, Louis, and Steven Shavell. "Any Non-welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle." *Journal of Political Economy*, vol. 109, no. 2, The University of Chicago Press, 2001, pp. 281–86,

[7] Yongsheng Xu, "Norm-Constrained Choices", *Analyse & Kritik* 29/2007 (c Lucius & Lucius, Stuttgart) p. 329–339. ;

Yongsheng Xu, « Rationalizability of choice functions by game trees », *Journal of Economic Theory*, 2004.

Nicholas Baigent, « Choices, Norms and Preference Revelation » : *Analyse & Kritik* 29/2007 (c Lucius & Lucius, Stuttgart) p. 139–145.

[8] Forges Françoise, "LEONID HURWICZ, ERIC MASKIN, ROGER MYERSON ET LA THÉORIE DES MÉCANISMES", Dalloz, « Revue d'économie politique », 2007/6 Vol. 117, pages 873 à 890.

Simon H.A. (1990) *Bounded Rationality*. In: Eatwell J., Milgate M., Newman P. (eds) *Utility and Probability*. The New Palgrave. Palgrave Macmillan, London.

Tversky, Amos and Daniel Kahneman, 1974, "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, 185(4157): 1124–1131.

[9] Moor Pierre, « Dire le droit », *Revue européenne des sciences sociales*, 1997, T. 35, No. 107, De l'argumentation dans les Sciences de la Société. IIe Séminaire interdisciplinaire du Groupe d'Etudes "Raison et rationalités" (1997), pp. 33-55, Librairie Droz.

[10] Kelsen Hans. Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?. In: *Droit et société*, n°22, 1992. Transformations de l'État et changements juridiques : l'exemple de l'Amérique Latine. pp. 551-568;

[11]. Sur la question de la monnaie et en réponse à Proudhon il écrit (3. Application de la loi des proportionnalités de valeur a. La monnaie) :

« La législation tant politique que civile ne fait que prononcer, verbaliser le pouvoir des rapports économiques. » ;

« L'or et l'argent ne sont acceptables de droit que parce qu'ils le sont de fait, et ils le sont de fait parce que l'organisation actuelle de la production a besoin d'un agent universel d'échange. Le droit n'est que la reconnaissance officielle du fait. ».

[12] Kelsen Hans. Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?. In: *Droit et société*, n°22, 1992. Transformations de l'État et changements juridiques : l'exemple de l'Amérique Latine. P 554 :

« lorsqu'un acte transgressant le droit est commis, il doit s'ensuivre une conséquence, une sanction. Celle-ci n'est toutefois pas causée par le non-respect du droit de la même manière que la dilatation du métal par la source de chaleur ; au contraire, eue est imputée à la violation du droit. La théorie pure du droit montre que ce principe d'imputation trouve à s'appliquer non seulement dans les propositions normatives mais également dans les propositions par lesquelles la science de l'éthique définit son objet, à savoir la morale. »

[13] « Paragraphe 3 : De l'administration de la preuve » du code de procédure pénale :

Article 353 : Version en vigueur depuis le 24 décembre 2021 :

« Avant que la cour d'assises se retire, le président donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations :

" Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : " Avez-vous une intime conviction ? ". " »

Article 427 : Version en vigueur depuis le 02 septembre 1993

« Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction.

Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui. »

Article 428

Modifié par Loi 93-1013 1993-08-24 art. 28 JORF 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993

« L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges. »

[14] Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460, Publié au recueil Lebon.

Conseil d'Etat, du 19 février 1875, 46707, publié au recueil Lebon, « Arrêt Prince Napoléon »

conseil constitutionnel : Décision 90-285 DC - 28 décembre 1990 - Loi de finances pour 1991 - Non conformité partielle

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE. 18 octobre 2001. Arrêt n° 4278. Cassation sans renvoi. Pourvoi n° 00-12.463. BULLETIN CIVIL - BULLETIN D'INFORMATION.

[15] Conseil d'État, Assemblée, 24/03/2006, 288460, Publié au recueil Lebon :

« II - Sur les moyens tirés de la violation du droit communautaire :

En ce qui concerne le moyen tiré de l'atteinte à la libre concurrence :

Considérant que si, aux termes du I de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne, " sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...) ", ces dispositions, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes, visent uniquement le comportement des entreprises et non les mesures législatives ou réglementaires émanant d'un Etat membre ; qu'il n'en va autrement que lorsqu'un Etat membre, soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention économique ; que tel n'est ni l'objet, ni l'effet de la réglementation professionnelle édictée par le décret attaqué ; que, dès lors, les requérantes ne sauraient utilement soutenir que celui-ci serait incompatible avec l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne ; »

[16] G. H. von Wright, "Deontic Logic", Mind, Oxford University Press on behalf of the Mind Association, Jan., 1951, Vol. 60, No. 237 (Jan., 1951), pp. 1-15

[17]

Le principe de distribution déontique : « If an act is the disjunction of two other acts, then the proposition that the disjunction is permitted is the disjunction of the proposition that the first act is permitted and the proposition that the second act is permitted. (This principle can, naturally, be extended to disjunctions with any number n of members.) » (p.7)

Le principe de permission : « Any given act is either itself permitted or its negation is permitted. » (p.9) ;

le principe de contingence déontique « A tautologous act is not necessarily obligatory, and a contradictory act is not necessarily forbidden » (p. 11).

[18] Chaïm Perelman, "LOGIQUE FORMELLE, LOGIQUE JURIDIQUE", Logique et Analyse, Peeters Publishers, Octobre 1960, NOUVELLE SÉRIE, Vol. 3, No. 11/12, pp. 226-230

[19] selon lequel « pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du Gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique. »

[20] Gérard Timsit, « La transdiction à l'œuvre », Partie 1, Enquête [En ligne], 7, 1 novembre 1999, mis en ligne le 17 juillet 2013, pp. 15, p.2-3.

[21] *ibid* :

« La spécification s'analyse ainsi en une recherche, par le juge, dans l'individuel de ce qu'il y a de général en lui – de ce qui fait de l'individuel et du concret rencontrés par le juge partie intégrante de la généralité couverte et visée par le législateur. Souvent, l'opération de spécification se suffit à elle-même – du moins, apparemment – et le processus de qualification des faits semble s'y limiter. Le mode de spécification, dans ce cas, consiste alors à rechercher dans la loi quelles conditions elle pose à son application. Ces conditions – dites « pertinentes » – sont destinées à schématiser une réalité infiniment trop riche et complexe pour donner lieu à représentation/reproduction par la loi. »

« Ce qui met en lumière une autre fonction essentielle du juge dans sa mission de transdiction de la loi : la fonction de *certification* de la référence. Le juge y procède de la manière la plus nette. Ne pouvant en effet en l'espèce appliquer l'article 33 [Dans le cas analysée][...], il se réfère à l'article 1er de la Convention définissant le statut de réfugié – opération de certification, d'attestation solennelle de la part du juge, de la référence à laquelle il recourt pour déterminer la signification du texte qu'il applique. Opération d'invention de la référence : elle consiste pour le juge à se référer à des valeurs, un code qui fondent et légitiment l'application individuelle de la loi générale. Mais aussi, opération de certification de la référence en ce qu'elle a pour objet, en explicitant la référence, de garantir que la solution singulière adoptée par le juge est correctement imputée à la loi générale appliquée en l'espèce. »

[22] O. Négrin, « Une légende fiscale : la définition de l'impôt de Gaston Jèze », in *Revue de droit public*, 2008, n° 1, p. 119-131

[23] « 9. Considérant que ces contributions nouvelles entrent dans la catégorie des "impositions de toutes natures" visées à l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement ; que, dès lors, les dispositions des articles 127 à 134 sont au nombre de celles qui peuvent figurer dans un texte de loi de finances en vertu du troisième alinéa de l'article premier de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 ; »

[24] du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté

[25] « En effet, aux fins de l'application de l'article 13 du règlement n° 1408/71, le critère déterminant est celui de l'affectation spécifique d'une contribution au financement du régime de sécurité sociale d'un État membre. L'existence ou l'absence de contreparties en termes de prestations est donc indifférente à cet égard. »

[26] « 1) En appliquant la contribution sociale généralisée aux revenus d'activité et de remplacement des travailleurs salariés et indépendants qui résident en France, mais qui, en vertu du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié et mis à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, ne sont pas soumis à la législation française de sécurité sociale, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 13 dudit règlement ainsi que des articles 48 et 52 du traité CE (devenus, après modification, articles 39 CE et 43 CE).

2) La République française est condamnée aux dépens. »

[27] P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire* [1971], Paris, Le Seuil, 1978, p. 97 *sq.* ; l'ensemble du chapitre 8 est consacré à « Causalité et rétrodiction ».

[28] Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, 1986, p. 19 : « Tout droit, tout pouvoir légalement protégé est accordé en vue d'une certaine finalité : le détenteur de ce droit a un pouvoir d'appréciation quant à la manière dont il s'exerce. Mais aucun droit ne peut s'exercer d'une façon déraisonnable, car ce qui est déraisonnable n'est pas de droit ».

p. 43 : « L'analyse de la pratique du droit nous prouve que la théorie de sources du droit ne suffit pas à expliquer son fonctionnement parce que les textes par eux-mêmes ne fournissent que rarement de solution univoque quant à la manière de les appliquer. La solution trouvée devra tenir compte également des conséquences qui résultent de son application : il faut que la solution soit équitable, conforme à l'intérêt général, raisonnable en un mot acceptable. »

[29] Pierre Brunet, "Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation" Dans *Chaim Perelman* (2012), pages 189 à 202.

[30] Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2e éd., p. 162 § 87 : « Puisque tout litige implique un désaccord, une controverse, le rôle du juge est de trouver une solution qui soit raisonnable, acceptable, c'est-à-dire ni subjective ni arbitraire. »

[31] Pierre Brunet, "Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation", 2. Perelman, le raisonnement juridique et l'interprétation :

"l'analyse de l'interprétation par Perelman néglige complètement : quand bien même on constaterait que par bonté d'âme, les juges assouplissent les règles écrites pour les « vider de leur venin », on ne pourrait passer sous silence que cette « interprétation » consiste en l'exercice d'un pouvoir de dire ce que le bien commande de faire. Aussi morale soit l'inspiration de ce pouvoir, il demeure, juridiquement parlant, un pouvoir. Admettre que les juges l'exercent afin d'atténuer les effets d'une règle ne peut être justifié qu'au nom de la morale. Et sauf à présupposer, une objectivité morale, on ne peut exclure que le pire arrive. On comprend mieux alors que Perelman ait tout simplement tenu à cet a priori moral dont on parlait, lequel n'est que l'expression d'un objectivisme éthique en l'absence duquel sa théorie de l'interprétation juridique, qui est fondamentalement une théorie morale, s'effondre."

[32] Dale Smith, "Theoretical Disagreement and the Semantic Sting", *Oxford Journal of Legal Studies*, Winter 2010, Vol. 30, No. 4 (Winter 2010), pp. 635-661, Oxford University Press.

[33] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, chapitre 1, cité par : Dale Smith, "Theoretical Disagreement and the Semantic Sting" :

"If two lawyers are actually following different rules in using the word 'law', using different factual criteria to decide when a proposition of law is true or false, then each must mean something different from the other when he says what the law is. Earl and Gray must mean different things when they claim or deny that the law permits murderers to inherit: Earl means that his grounds for law are or are not satisfied, and Gray has in mind his own grounds, not Earl's. So the two judges are not really disagreeing about anything when one denies and the other asserts this proposition. They are only talking past one another. (*Law's Empire* 43-4, emphasis in original, footnote added)"

[34] Gérard Timsit, « La transdiction à l'oeuvre, Etude de cas », paragraphe 35 :

« Ce serait ignorer – mais Ronald Dworkin, critiqué par Stanley Fish, l'ignore aussi à sa manière... – que le juge, institution sociale, a charge d'exprimer la volonté du corps social – et qu'il le fait par l'invention objective de références objectives... Cela n'exclut sans doute pas qu'il puisse ne s'y pas tenir, et s'en affranchir. Oscillant entre transcription mécanique et transgression politique, entre exécution et décision, entre nécessité et liberté, il aura en effet la possibilité à tout moment de franchir le pas, ce « pas au-delà », dont parle Maurice Blanchot... Mais il peut aussi, parce qu'il le doit à la Société qui l'a institué, déterminer objectivement la référence objective qui lui permettra, face à l'écriture incertaine de la loi, d'en dire la signification et d'en effectuer l'application... »

[35] Ronald Dworkin, "Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, The University of Chicago Press, Sep., 1982, Vol. 9, No. 1, *The Politics of Interpretation*, pp. 179-200

[36] *ibid*, p.196 :

"We might summarize these points this way. Judges develop a particular approach to legal interpretation by forming and refining a political theory sensitive to those issues on which interpretation in particular cases will depend; and they call this their legal philosophy. It will include both structural features, elaborating the general requirement that an interpretation must fit doctrinal history, and substantive claims about social goals and principles of justice. Any judge's opinion about the best interpretation will therefore be the consequence of beliefs other judges need not share. If a judge believes that the dominant purpose of a legal system, the main goal it ought to serve, is economic, then he will see in past accident decisions some strategy for reducing the economic costs of accidents overall. Other judges, who find any such picture of the law's function distasteful, will discover no such strategy in history but only, perhaps, an attempt to reinforce conventional morality of fault and responsibility." (p.6)

« Une « motivation en forme développée », en particulier, doit être conçue pour répondre à une exigence de lisibilité, d'intelligibilité. Celle-ci conditionne, pour partie, la place de la jurisprudence de la Cour dans le « dialogue » interne et international des juges. » (p.6)

« La commission estime indispensable que la Cour, à chaque fois qu'elle fixe une interprétation de la norme, indique dans l'arrêt la méthode d'interprétation dont elle a fait usage. Ainsi, par exemple, si, dans son interprétation de la loi, elle s'est référée à l'intention du législateur, elle devra faire mention de ce qu'elle a consulté les travaux parlementaires. » (p.10)

[36b] « La commission considère que sous toutes ses modalités, traditionnelle ou en forme développée, la motivation d'une décision de justice, qui répond à l'impératif fixé à l'article 455 du code de procédure civile (« Le jugement doit être motivé ») de même qu'aux prescriptions de l'article 485 du code de procédure pénale (« Tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif.

Les motifs constituent la base de la décision. »), remplit une fonction explicative, démonstrative, justificative, dont dépend étroitement son « acceptation » par les parties au litige et, au-delà, les citoyens. Elle ne saurait, dès lors, se réduire à l'énonciation lapidaire d'arguments d'autorité. Dans la motivation, dans sa qualité, sa clarté, se joue l'autorité réelle de la décision tenant à sa force persuasive. »

[37] Austin, J. L. 1. (2003). *How to do things with words*. 2d ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

[38] Bourdieu, Pierre, *Ce que parler veut dire : l'économie des échanges linguistiques*, Paris, A. Fayard, 1982, 1 vol. (243 p.)

[39] Bourdieu Pierre. « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 64, septembre 1986, De quel droit ?, pp.3-19

[40] *ibid* : « Le corps des juristes a d'autant moins de mal à se convaincre que le droit trouve son fondement en lui-même [...] que la *communis opinio doctorum* qui s'enracine dans la cohésion sociale du corps des interprètes tend à conférer les apparences d'un fondement transcendantal aux formes historiques de la raison juridique et à la croyance dans la vision ordonnée de l'ordre social qu'elles produisent. »

[41] Conseil d'État, « vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », Seconde Partie : Style et vocabulaire, I. Considérations liminaires sur le style des décisions, 10 décembre 2018, p.17 :

« L'autorité des décisions de justice ne tient pas seulement à la rigueur de leur raisonnement et à la précision de leurs termes, elle revêt essentiellement un caractère institutionnel. A travers elles, ce n'est pas une formation de jugement ou un juge qui s'expriment, c'est la juridiction qui dit le droit et décide. La subjectivité de juges s'efface devant l'impersonnalité de la parole institutionnelle.

Les décisions de justice se caractérisent ainsi par un style empreint de neutralité et de retenue. Elles ne doivent en aucun cas refléter, même en filigrane, les opinions personnelles et les jugements de valeur des juges qui les rendent. Elles ne doivent pas non plus comporter des appréciations subjectives et trahir l'adhésion, l'agacement ou l'ironie de leurs auteurs. Toute connotation est donc à éviter. »

[42] Bourdieu Pierre. « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 64, septembre 1986, De quel droit ?, pp.3-19 :

« de la Cour de cassation [...] aux juges des tribunaux d'instances que leur formation scolaire et leur « déformation » professionnelle inclinent à abdiquer la liberté d'interprétation dont ils disposent théoriquement et à appliquer à des situations codifiées des interprétations codifiées ».

[43] *ibid*, p.11 : "La prévisibilité et la calculabilité que Weber prête au «droit rationnel» reposent sans doute avant tout sur la constance et l'homogénéité des habitus juridiques : façonnées, sur la base d'expériences familiales semblables, au travers des études de droit et de la pratique des professions juridiques, les dispositions communes fonctionnent comme des catégories de perception et d'appréciation qui structurent la perception et l'appréciation des conflits ordinaires et qui orientent le travail destiné à les transformer en confrontations juridiques."

[44] Yves TERNON, "La robe brune – Les juristes allemands et le national-socialisme (1933-1936)", *Revue d'Histoire de la Shoah*, 2000/3 (N° 170), pages 68 à 87

[45] Olivier JOUANJAN, « La Doctrine juridique allemande », *in* Le Genre humain, *Le Droit antisémite de Vichy*, Paris, Seuil, 1996, pp. 463-496.