

LE RAISONNEMENT JURIDIQUE*

Damiano CANALE

professeur de Philosophie du droit à l'Université Bocconi de Milan

Résumé: Dans la plupart des systèmes juridiques, les tribunaux doivent fournir des raisons pour justifier leurs décisions. L'objectif de cette demande est de placer l'acte de décider juridiquement sous contrôle, en accord avec les principes de légalité, d'égalité de traitement, de séparation des pouvoirs et de sécurité juridique. Toutefois, la question de savoir si le raisonnement juridique des tribunaux est une mesure appropriée à cette fin ou un simple outil rhétorique qui cache l'exercice discrétionnaire du pouvoir juridictionnel est discutée. Cet article reconstruit le débat sur cette question dans le champ de la philosophie du droit, et fournit un modèle pour l'analyse du raisonnement juridique dans les systèmes contemporains de droit continental.

Mots-clés: Syllogisme juridique – Nouvelle rhétorique – Herméneutique juridique – Théorie analytique du droit – Argumentation juridique – Interprétation juridique : Preuve

Abstract: *In most jurisdictions, courts are called upon to provide reasons to justify their ruling. The purpose of this requirement is to put judicial decision-making under control in accordance with the principles of legality, equal treatment, separation of powers and legal certainty. However, it is disputed whether legal reasoning by courts is a suitable means to this end or merely a rhetorical device that conceals the discretionary exercise of judicial power. This essay reconstructs the debate on this topic in the field of legal philosophy, and provides a model for the analysis of legal reasoning in contemporary civil law systems.*

Keywords: *legal syllogism – new rhetoric – legal hermeneutics – analytical jurisprudence – legal argumentation – legal interpretation – evidence*

* Publication originale: D. CANALE, « Il ragionamento giuridico », in G. PINO, A. SCHIAVELLO et V. VILLA, *Filosofia del Diritto: Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Turin, Giappichelli, 2013, p. 316-351. Version en espagnol: D. CANALE, « El razonamiento jurídico: una introducción », in D. CANALE, *En busca de lo implícito: Ensayos sobre razonamiento e interpretación del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 15 et s. La version française s'appuie sur les deux versions, légèrement différentes notamment quant à la bibliographie.

I. Qu'étudie la théorie du raisonnement juridique ?

Que les praticiens et les chercheurs en droit raisonnent dans l'exercice de leur travail quotidien est une considération plutôt triviale. Celui qui étudie le droit ou l'utilise avec une finalité pratique, à l'instar de n'importe quel autre être humain, mobilise les connaissances dont il dispose pour en obtenir de nouvelles, utilise des indices pour formuler des hypothèses ou effectuer des prévisions, identifie le meilleur moyen possible pour parvenir à une fin déterminée, justifie ses propres choix en essayant de convaincre ses interlocuteurs de l'opportunité, la correction, l'exactitude de ses choix. On pourrait même soutenir que la faculté de raisonner est ce qui distingue les êtres humains des autres êtres vivants, une faculté dont chacun de nous fait usage, souvent inconsciemment, dans de nombreuses situations quotidiennes. Selon une première approche, le terme raisonnement fait référence à tout processus qui, à partir d'un certain ensemble fini de prémisses, mène à une conclusion. Ce processus peut être de type psychologique, dans le cas où il s'effectue dans l'esprit d'un individu, ou de type linguistique, dans le cas où le rôle de la prémisse et de la conclusion est joué par des énoncés proférés par des individus de chair et d'os ou formulés dans des textes. Entendue comme un processus linguistique, la forme typique du raisonnement est la suivante :

- *prémisse 1*
- *prémisse 2*
- ...
- *prémisse n*
- *DONC: conclusion*

Néanmoins, le raisonnement juridique a des caractéristiques qui le distinguent des autres types de raisonnements et qui expliquent que les chercheurs en droit ont traditionnellement manifesté un intérêt à son égard.

En premier lieu, il s'agit d'un raisonnement qui a une fonction pratique ou normative: sa conclusion est constituée d'une norme, c'est-à-dire, d'un énoncé utilisé pour diriger la conduite de ses destinataires (un énoncé prescriptif)¹.

¹ Il faut souligner que le raisonnement juridique n'est pas le seul type de raisonnement qui fonctionne avec des énoncés prescriptifs: tous les raisonnements pratiques, principalement les raisonnements moraux, recourent à de tels énoncés. Dans ce texte, nous distinguerons deux types d'énoncés prescriptifs: les dispositions et les normes. Avec le premier terme, nous ferons référence aux énoncés contenus dans une source du droit, par exemple, la constitution, une loi ou un règlement. Avec le second terme nous ferons référence en revanche aux significations des dispositions, c'est-à-dire au contenu attribué à celles-ci par interprétation. Cette distinction est justifiée par le fait qu'une même disposition peut exprimer différentes normes, tandis que la même norme peut être exprimée par différentes dispositions. Sur la distinction entre disposition et norme cf. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milan, Giuffrè, 2011, p. 63 et s.

Cependant, est-il possible de raisonner avec des normes, c'est-à-dire, de tirer une conclusion normative de prémisses (au moins en partie) normatives, de manière justifiée? En admettant que les raisonnements de ce type sont possibles, comme semble le suggérer notre intuition, quelles sont les règles sur lesquelles ils s'appuient et dans quelle mesure leurs conclusions sont-elles rigoureuses? Ou encore: les raisonnements normatifs ont-ils la capacité de diriger l'action, de mener leurs destinataires à agir conformément à ce qu'ils prescrivent? Ou bien les actions et les choix humains sont-ils indépendants des raisons qui les justifient ou peuvent les justifier²? La réponse à ces interrogations est controversée et continue d'alimenter un débat dense entre philosophes et théoriciens du droit.

Le second aspect qui caractérise le raisonnement juridique tient au fait que ce sont des sujets qui exercent des pouvoirs publics au sein d'un contexte institutionnel qui y recourent, et qu'ils s'en servent pour justifier leurs décisions. En effet, dans les États constitutionnels de droit contemporains les décisions de ceux qui exercent les pouvoirs publics doivent être motivées. Cette obligation a pour finalité le contrôle de la conformité de l'exercice de ces pouvoirs à ce que prescrivent les principes de légalité, d'égalité et de séparation des pouvoirs ainsi que la protection de la valeur de sécurité juridique³. De là vient la nécessité de déterminer à quelles conditions une certaine décision juridique peut être considérée justifiée à la lumière du raisonnement adopté pour la soutenir. De cette exigence dépend la sauvegarde de la valeur et le respect des principes qui viennent d'être mentionnés.

Les caractéristiques distinctives du raisonnement juridique permettent d'expliquer comment s'articule son étude au sein des différentes branches du savoir. Si on l'entend comme un processus psychologique, le raisonnement juridique constitue un objet de la psychologie cognitive et de la neurophysiologie. La psychologie étudie le raisonnement d'un point de vue fonctionnel, en essayant d'expliquer en quoi consiste la capacité rationnelle des individus, pourquoi ils tendent à réaliser certains types d'erreur quand ils raisonnent et de quelle façon l'environnement qui les entoure les conditionne à cet égard. La neurophysiologie, dans le même temps, étudie les caractéristiques anatomiques et biochimiques du cerveau, en les associant à certains états mentaux et en essayant d'expliquer comment naissent et se développent les pensées humaines. Ces disciplines offrent des informations bien utiles à la psychologie juridique et peuvent aider les sociologues du droit dans leur travail. Néanmoins, elles ont peu d'intérêt pour les juristes et théoriciens du droit, puisqu'elles ne semblent pas en mesure d'offrir un apport pertinent à l'étude de la structure et des propriétés des raisonnements

² Pour une reconstruction du débat philosophique à propos de cette interrogation cf. J. DANCY, *Practical Reality*, Oxford, Oxford University Press, 2002, chap. 1.

³ Sur la notion d'État de droit, cf. B. Celano, « Stato de diritto », in G. PINO A. SCHIAVELLO et V. VILLA, *Filosofia del Diritto: Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, op. cit., p. 401-430.

qui impliquent des normes, et encore moins d'indiquer à quelles conditions la conclusion de ce type de raisonnements peut être considérée justifiée. À la lumière de ces considérations, dans ce qui suit de ce travail, nous utiliserons l'expression « raisonnement juridique » non pas pour nous référer à un processus psychologique, mais pour nous référer à un processus linguistique.

Entendu selon cette seconde acception, le raisonnement juridique se trouve, en premier lieu, dans le champ d'étude de la logique. La logique étudie les règles du raisonnement en vertu desquelles une inférence⁴ peut être considérée correcte. Ces règles ne sont pas de type psychologique et on ne peut pas les obtenir en généralisant nos manières de raisonner dans la vie quotidienne⁵. Bien que leur origine soit l'objet de controverses philosophiques, ces règles ont une prétention d'universalité : elles valent indépendamment de comment, de fait, nous pensons et articulons nos discours, bien qu'il soit acceptable de considérer que leur contenu n'est pas indépendant des tendances comportementales de l'espèce humaine et des concepts que les individus expriment à travers le langage⁶. Simultanément, la logique est une science normative : à la différence de la psychologie et de la neuroscience, elle n'explique pas les faits empiriques, mais elle indique comment nous devons raisonner pour que nos raisonnements soient corrects. Non pas au sens où la logique indique quels sont les contenus que nous devons attribuer aux prémisses ou à la conclusion d'une inférence, mais au sens où elle offre des instruments pour déterminer si, étant donné certaines prémisses, la conclusion à laquelle on arrive est ou n'est pas justifiée.

Une autre contribution également importante pour l'étude du raisonnement juridique est fournie par la philosophie du langage et par la linguistique. Le raisonnement juridique, dans l'acception qui sera considérée dans ce texte, consiste en une forme de communication linguistique qui implique des sujets institutionnels, et qui a vocation à justifier des décisions (ou des hypothèses décisionnelles) au niveau intersubjectif. Par conséquent, la façon dont se structure la signification des énoncés qui composent ce type de raisonnements, c'est-à-dire la relation que ces énoncés ont avec la réalité, et les conditions auxquelles la communication réussit au sein d'une communauté linguistique sont pertinentes. En particulier, la philosophie du langage étudie comment une expression linguistique acquiert une signification, en quoi consistent les significations et quel

⁴ Dans ce texte nous utiliserons le terme « inférence » comme synonyme du terme « raisonnement ».

⁵ Parmi les partisans les plus influents de la thèse selon laquelle les règles logiques n'ont pas une origine psychologique, on trouve Gottlob Frege, qui soutient que [traduction de l'auteur] : « les lois logiques ne sont pas des lois psychologiques, mais plutôt des pierres, établies sur un fondement éternel, qui marquent la limite au-delà de laquelle il est possible que notre pensée déborde, mais sans pouvoir la déplacer ». Cf. G. FREGE, *Begriffsschrift*, Halle, Nerbert, 1879, p. 14.

⁶ W. V. O. QUINE, *Philosophie de la logique*, Paris, Aubier, 2008, p. 93 et s. ; P. A. BOGHOSSIAN, *Content and Justification. Philosophical Papers*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

type de rapport entretiennent ces significations avec ce que nous pensons ou faisons en utilisant le langage. Parallèlement, la linguistique étudie les aspects syntaxiques, sémantiques et pragmatiques des différentes langues naturelles: elle décrit comment s'articulent les significations et processus communicatifs dans les langues française, italienne, anglaise, chinoise, etc. En résumé, on peut dire que la philosophie du langage et la linguistique s'intéressent aux caractéristiques des éléments qui composent le raisonnement juridique (les énoncés qui tiennent lieu de prémisses et de conclusion), tandis que la logique étudie les relations qu'il doit y avoir entre ces éléments pour qu'un raisonnement soit correct.

La théorie du raisonnement juridique mobilise l'apport de ces disciplines pour développer des modèles en mesure d'expliquer comment se déroulent les raisonnements des juristes dans les divers ordres juridiques concrets. Par conséquent, son discours se situe à un niveau intermédiaire entre la pratique argumentative proprement dite, que l'on trouve dans les textes de la dogmatique juridique, dans les motivations des jugements et dans les motivations des dispositions administratives et les explications qu'offrent la logique, la philosophie du langage et la linguistique. Les modèles que la théorie du raisonnement juridique met au point ne se limitent pas à décrire comment les opérateurs raisonnent de fait. Ils expliquent – en référence au contexte d'un ordre juridique ou d'une famille d'ordres – à quelles conditions la conclusion d'un raisonnement juridique est justifiée. Dit d'une autre manière, la théorie du raisonnement juridique élabore des modèles d'acceptabilité rationnelle d'une décision dans un contexte institutionnel déterminé, lesquels permettent de définir une méthode pour contrôler l'activité décisionnelle de ceux qui exercent le pouvoir public.

Cela explique pourquoi la théorie du raisonnement juridique a traditionnellement concentré sa propre recherche sur les motivations des décisions juridictionnelles. Bien que le raisonnement juridique soit un phénomène social qui implique une pluralité de sujets, ce phénomène acquiert une importance particulière lorsqu'il est question de la justification du jugement d'un juge. Dans le contexte de l'État constitutionnel de droit, le jugement juridictionnel constitue le moment où se joue, par excellence, le respect des principes de légalité, égalité devant la loi et séparation des pouvoirs⁷. En émettant le jugement, le juge met en œuvre le droit par rapport au cas concret ou commet une erreur en son nom, dans le cas où la décision n'est pas conforme au droit. Quand cette dernière éventualité se vérifie, le juge exerce son pouvoir de façon illégitime, avec pour résultat que des cas identiques sont décidés de façons différentes et que le citoyen perd toute possibilité de défense contre

⁷ Le principe de séparation des pouvoirs entre en jeu dans ce contexte, puisque si le juge décide le cas d'une façon différente de celle prescrite par le droit – en attribuant à une disposition normative, par exemple, une signification non rattachable à celle-ci – il aura joué, de fait, le rôle de législateur par rapport au cas concret.

l'arbitraire du juge. La justification de la décision du juge constitue donc un élément clef pour contrôler – dans les limites du possible, comme nous le verrons – si cette décision respecte ou non les principes mentionnés précédemment. Cela n'équivaut pas à soutenir que les raisonnements juridiques formulés par l'avocat, le ministère public, le fonctionnaire administratif ou par le chercheur en droit ne seraient pas pertinents, en particulier quand ils conditionnent, directement ou indirectement, la décision juridictionnelle. Simplement, le raisonnement du juge est devenu plus pertinent dans le contexte des États de droit par rapport au raisonnement juridique mené par d'autres sujets.

Les sections suivantes de ce texte seront dédiées à illustrer, de manière synthétique, les principales avancées de la théorie du raisonnement juridique contemporaine à propos du domaine juridictionnel. Nous nous attarderons sur les caractéristiques de ce type de raisonnement et sur les éléments qui le composent, en essayant de mettre en évidence les problèmes que le juge rencontre pour justifier ses propres décisions, et les limites auxquelles est soumis le contrôle rationnel de ces dernières.

II. Le syllogisme juridictionnel

Le modèle de raisonnement qui a joué un rôle prédominant dans la culture juridique moderne, au moins à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle est appelé « syllogisme juridictionnel ». On doit la formulation la plus célèbre de ce modèle à Cesare Beccaria, qui, dans le *Traité des délits et des peines* (1764) affirme :

« Pour chaque délit le juge doit faire un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure est l'action conforme ou non à la loi, la conséquence est la liberté ou la peine. Si le juge, fait par contrainte ou volonté ne serait-ce que deux syllogismes, on ouvre la porte à l'incertitude. »⁸

Le terme « syllogisme parfait » utilisé par Beccaria dans ce passage est emprunté à Aristote, qui l'utilise pour se référer à un raisonnement – composé d'une prémisses majeure, une prémisses mineure et une conclusion – dans lequel la conclusion découle nécessairement des prémisses⁹. Notons que, comme dans le modèle aristotélicien du syllogisme parfait, la vérité ou la fausseté de la conclusion, et en général son contenu, ne dépendent pas des prémisses ; ce modèle

⁸ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. Ph. Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 153.

⁹ « Le syllogisme est un discours [c'est-à-dire, un raisonnement] dans lequel, certaines choses étant posées [c'est-à-dire, les prémisses], quelque chose d'autre que ces données en résulte nécessairement par le seul fait de ces données. Par le seul fait de ces données : je veux dire que c'est par elles que la conséquence est obtenue ; à son tour, l'expression c'est par elles que la conséquence est obtenue signifie qu'aucun terme étranger n'est en sus requis pour produire la conséquence nécessaire. » Cf. ARISTOTE, *Organon*, t. 3, *Premiers Analytiques*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983, p. 4 et s.

illustre simplement la relation de nécessité ou de conséquence logique qui lie les éléments du raisonnement, quels que soient l'objet ou la fonction de ce dernier. Le syllogisme juridictionnel repris par Beccaria constitue, en particulier, un type de syllogisme pratique, dans lequel la prémisse majeure et la conclusion sont constituées de normes. À l'aide de ce modèle, la décision juridictionnelle est présentée comme le résultat d'un processus inférentiel dans lequel : 1) La prémisse majeure est constituée d'un énoncé qui exprime la norme générale N¹⁰; 2) La prémisse mineure est constituée d'un énoncé qui décrit le fait F rattachable à la norme N; 3) La conclusion est constituée d'une norme individuelle qui règle F, aussi appelée dispositif du jugement. Voici un exemple :

- Celui qui commet un homicide doit être condamné à la prison.
- Paul a commis un homicide.
- DONC : Paul doit être condamné à la prison.

À la lumière de ce modèle, la décision juridictionnelle apparaît comme le résultat nécessaire des prémisses décisionnelles, au sens que, si le juge admet ces prémisses, il ne peut aboutir à une autre décision. Dans le langage de la science juridique, cette caractéristique particulière du raisonnement syllogistique est habituellement reprise en affirmant que ce dernier consiste en une inférence de type déductif¹¹, qui conduit à subsumer le cas sous la norme, c'est-à-dire, inclure un fait individuel (dans notre exemple, la conduite de Paul) dans une classe (les conduites qui consistent à commettre un homicide) à l'égard de laquelle s'ensuit une certaine conséquence juridique que la norme prévoit (la peine de détention).

Le modèle du syllogisme juridictionnel peut remplir au moins deux fonctions différentes dans le discours des juristes : il peut être utilisé pour rendre compte de la manière dont le juge raisonne de fait ou pour indiquer au juge comment il doit raisonner. Dans le premier sens, le modèle du syllogisme juridictionnel consacre le mythe des Lumières faisant du juge « la bouche de la loi », une des principales sources d'inspiration du jeune Beccaria. Pour formuler la prémisse majeure, le juge se limiterait à reproduire la disposition posée par le législateur, la formulation de la prémisse mineure constituerait le résultat d'un acte au moyen duquel le juge connaît les faits du litige, tandis que la conclusion se limiterait à déclarer ce qui découle nécessairement de ces prémisses. Il faut toutefois souligner que Beccaria n'a pas

¹⁰ Cf. G. PINO, « Norma giuridica », in G. PINO A. SCHIAVELLO et V. VILLA, *Filosofia del Diritto: Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, op. cit., p. 144-183.

¹¹ Cette affirmation est toutefois controversée. En logique précisément, l'inférence déductive ou déduction est habituellement définie en ayant recours à la notion de vérité. Le raisonnement déductif a la propriété de conserver la valeur de vérité des prémisses : si les prémisses de ce raisonnement sont vraies, la conclusion ne peut être fausse. Comme nous le verrons par la suite, le fait que les normes puissent être considérées vraies ou fausses est toutefois controversé. Dans le cas où il serait impossible d'attribuer la valeur de vérité aux normes, le syllogisme judiciaire ne pourrait être défini comme un raisonnement déductif, du moins tant que l'on entend par déduction ce qu'entendent habituellement les logiciens.

conçu le syllogisme juridictionnel comme un modèle utile pour décrire la pratique juridictionnelle de son temps. Beccaria présente ce type de raisonnement dans une discussion ouverte des standards décisionnels des tribunaux européens de l'Ancien régime, et il l'entend comme un modèle normatif auquel chaque juge devrait se conformer pour éviter l'intervention de l'interprétation, première source d'incertitude du droit¹². Le syllogisme juridictionnel, dans son acception du XVIII^e siècle, relève d'une doctrine destinée à diriger la conduite des tribunaux de justice, qui a pour objet la fonction du juge et l'organisation de la justice dans les États où les principes de légalité et de séparation des pouvoirs sont en vigueur. Néanmoins, au cours du XIX^e siècle, le syllogisme juridictionnel a été utilisé par la science juridique européenne comme un modèle explicatif de l'activité juridictionnelle. En reprenant le vocabulaire aristotélicien, il a été interprété comme une espèce de « syllogisme démonstratif »¹³, pour, de cette manière, être assimilé aux modèles de raisonnement adoptés dans le champ des mathématiques et des sciences naturelles. Selon cette acception, le modèle syllogistique assimile le raisonnement du juge au raisonnement utilisé dans le champ cognitif : des prémisses considérées vraies (l'énoncé qui formule la norme générale et l'énoncé qui décrit le fait objet de la controverse), le juge arrive nécessairement à une conclusion vraie (le dispositif du jugement). Il faut toutefois noter qu'attribuer une valeur de vérité aux énoncés qui remplissent le rôle de prémisse majeure et de conclusion dans le syllogisme juridictionnel n'a aucun sens, puisqu'il s'agit d'énoncés utilisés pour diriger la conduite des individus et non pour décrire des faits¹⁴. Selon certains, cela met en doute la possibilité qu'il y ait des relations de type logique entre les normes, car il s'agit d'un type de relations qui est défini par la logique classique à l'aide de la notion de vérité¹⁵. De plus, le

¹² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 155.

¹³ ARISTOTE, *Organon*, t. 4, *Seconds analytiques*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1995, p. 12.

¹⁴ Considérons l'exemple suivant : l'énoncé « Madeleine a remis 1 000 euros à Ludovic », proféré pour décrire quelque chose qu'a fait Madeleine, peut être considéré vrai ou faux selon que Madeleine a remis 1 000 euros à Ludovic ou qu'elle ne l'a pas fait. L'énoncé « Madeleine doit remettre 1 000 euros à Ludovic », proféré pour prescrire à Madeleine une certaine conduite, ne peut, en revanche, être considéré ni vrai ni faux, car il n'est pas utilisé pour rendre compte de comment sont les choses dans le monde mais pour diriger la conduite de Madeleine. Nous pourrions ajouter qu'il s'agit d'un énoncé valide, s'il a été proféré par un sujet autorisé, ou efficace, si son destinataire doit ensuite obéir à la norme exprimée. Cela n'a donc aucun sens d'attribuer une valeur de vérité aux normes, conçues comme la signification d'énoncés normatifs, à moins que l'on considère les normes comme des faits normatifs, comme cela a pu être soutenu par la doctrine jusnaturaliste, ou qu'elles soient généralement respectées dans des mondes possibles différents du nôtre, ou que le prédicat « vrai » qualifie une disposition ou une attitude de celui qui formule la norme et non pas la relation de correspondance entre la norme et un état des choses du monde. Cela n'exclut pas, évidemment, que les énoncés qui décrivent les normes soient vrais ou faux. L'énoncé « Le juge a établi que Madeleine doit remettre 1 000 euros à Ludovic » possède clairement une valeur de vérité, laquelle dépend d'un fait empirique que l'on peut constater.

¹⁵ Sur ce point cf. J. JØRGENSEN, « Imperativi e logica », in G. LORINI, *Il valore logico delle norme*, Bari, Adriatica Divisione Arte, 2012, p. 206. Sur le statut controversé de la logique des normes, et

raisonnement juridique n'est pas assimilable à un processus cognitif : il ne sert pas à recueillir des connaissances implicites de connaissances acquises, ni à tirer d'une hypothèse scientifique des implications utiles pour tester cette hypothèse. Sa fonction consiste plutôt à offrir des instruments fiables pour contrôler si la décision du juge est justifiée du point de vue juridique. La doctrine du syllogisme juridictionnel du XVIII^e siècle, destinée à promouvoir les principes qui auraient ensuite caractérisé le modèle de l'État de droit, fut transformée de cette manière en une vraie « idéologie légale-rationnelle »¹⁶, qui vise à représenter le jugement juridictionnel comme la conséquence d'un processus simplement déclaratif et cognitif, et non comme le résultat d'une décision issue de choix discrétionnaires.

III. La critique du syllogisme juridictionnel

Ce n'est qu'au XX^e siècle que cette interprétation trompeuse du modèle syllogistique fut intensément critiquée par une partie de la philosophie du droit et de la science juridique. Une des critiques les plus célèbres de l'interprétation du syllogisme juridictionnel en termes cognitifs ou démonstratifs a été formulée par Hans Kelsen. Cet auteur observe :

« une norme individuelle quelconque – en tant que norme juridique positive – résulte d'une norme législative générale quelconque [...], non pas simplement comme le particulier résulte du général, mais seulement dans la mesure où une telle norme individuelle est posée par l'organe habilité à appliquer la loi »¹⁷.

Selon Kelsen, la relation entre les éléments qui constituent le syllogisme juridictionnel n'est pas de type logique. La norme individuelle exprimée dans le dispositif du jugement n'est pas une conséquence nécessaire de la prémisse normative et de la prémisse factuelle, elle est le résultat d'un acte réalisé par les organes juridictionnels en vertu duquel une certaine conséquence juridique est imputée à une conduite. En particulier, ce qui convertit la conclusion du raisonnement juridictionnel en une norme valide n'est pas la relation déductive que cette conclusion entretient avec les prémisses normatives et factuelles, mais le fait que l'organe juridictionnel est autorisé à dériver cette norme en vertu d'une norme de niveau supérieur qui lui attribue ce pouvoir. La critique kelsénienne s'étend aussi aux prémisses du syllogisme juridictionnel. La prémisse majeure,

les divers problèmes auxquels sa construction doit se confronter, cf. J. L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 179 et s.

¹⁶ M. TARUFFO, « Ragione e processo: Ipotesi su una correlazione », *Ragion pratica*, vol. 1, 1993, p. 57.

¹⁷ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*. Suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ, 2010, p. 447.

dans laquelle on trouve l'expression de la norme générale utilisée pour régler le cas, ne peut être seulement « déclarée » par le juge, comme s'il s'agissait d'une vérité factuelle ou d'un axiome, pas plus qu'elle n'est le fruit d'un acte simplement cognitif. En réalité, sa formulation présuppose, en premier lieu, la sélection de la disposition utilisée pour prendre la décision et, en second lieu, l'interprétation de cette disposition. À la lumière de ces considérations, la formulation adoptée comme prémisse majeure est à son tour le résultat d'un acte de volonté qui présuppose des choix discrétionnaires de la part de l'interprète. Cela vaut aussi, selon Kelsen, quant à la prémisse mineure. La constatation des faits objet de la controverse est le résultat d'un processus cognitif conditionné par le droit. Avant tout, cette constatation est réalisée par un organe sur la base des normes de l'ordre juridique, lesquelles prescrivent une procédure déterminée pour l'administration de la preuve qui limite le juge dans la recherche de la vérité¹⁸. De plus, la formulation de la prémisse mineure est conditionnée par la qualification juridique du fait : la reconstruction des circonstances qui sont l'objet de la controverse vise à constater si l'on trouve des éléments factuels qui permettent la subsumption du cas concret sous la norme. À partir de ces deux considérations, la reconstruction juridictionnelle des faits requiert une appréciation de la part du juge, qui sélectionne les aspects de la réalité empirique qui méritent attention et connaissance.

Pour ces raisons, du point de vue de Kelsen, les prémisses du syllogisme décisionnel ont un caractère « constitutif » : elles ne sont pas le résultat d'un acte au moyen duquel, respectivement, le juge déclare ce que le droit en soi prescrit et reconnaît ce que la réalité empirique en soi montre. Elles constituent juridiquement la norme et le fait en vertu des pouvoirs exercés par le juge. Reprenant les mots de Luigi Ferrajoli, aucune étape inférentielle dans le raisonnement juridictionnel n'échappe à une intervention discrétionnaire : « chacune dépend d'un type particulier de pouvoir ou d'une dimension particulière du pouvoir dont il [le juge] dispose »¹⁹. Par exemple, dans le champ du droit pénal, le juge exerce le pouvoir d'attribuer un contenu aux dispositions normatives, de déterminer quels sont les faits juridiquement pertinents (et s'il y en a), de fixer le montant de la peine. L'apparition d'une dimension de pouvoir, comme conséquence de la discrétion inévitable des décisions juridictionnelles, réfute le modèle des Lumières du juge bouche de la loi, lorsqu'il est entendu comme une explication de la façon dont les tribunaux parviennent à formuler leurs jugements.

¹⁸ « Dans l'univers du droit, il n'existe pas de fait « en soi », de fait « absolu », il n'y a que des faits établis par un organe compétent au terme d'une procédure prescrite par le droit [...] [par conséquent] on dira que l'organe compétent qui établit les faits conditionnant la sanction « crée » ces faits du point de vue du droit » cf. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*. Suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris, Bruylant LGDJ, 2019, p. 190.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 2009, p. 157.

La critique du ^{xx}e siècle du modèle du syllogisme juridictionnel a poussé la théorie du raisonnement juridique à concentrer son attention non pas sur la manière dont le juge parvient à sa décision, question qui relèverait de la compétence de la psychologie juridique et des sciences cognitives, mais sur la façon dont ces décisions sont justifiées. La fonction de garantie et de contrôle que remplit le raisonnement juridique n'est pas réalisée par une enquête introspective, qui recherche les motifs profonds des choix réalisés par les sujets institutionnels, mais par une analyse des raisons adoptées par ces derniers pour soutenir leurs décisions.

Pour démarquer nettement ces deux champs d'études, la théorie du raisonnement juridique a recours à une distinction, élaborée dans le champ de l'épistémologie : celle entre *contexte de découverte* et *contexte de justification*²⁰. Le contexte de découverte est constitué de l'ensemble des facteurs psychologiques et d'environnement qui conduisent le juge à identifier la solution du cas. Cet ensemble inclut les croyances, les désirs, les valeurs du juge, ainsi que l'environnement politique et social dans lequel il opère. Le contexte de justification est constitué, à l'inverse, par le raisonnement réalisé par le juge pour motiver sa décision. La critique adressée au syllogisme juridictionnel, entendu comme modèle descriptif de l'activité du juge, mène à ne pas considérer comme pertinent, du point de vue théorique, le « contexte de découverte » : en revanche, il est pertinent de déterminer à partir de quels critères la décision juridictionnelle peut être considérée justifiée, indépendamment du fait que la motivation offre ou non un exposé convaincant des processus mentaux qui ont amené le juge à décider d'une certaine manière.

À la lumière de cette assertion, la théorie du raisonnement juridique a concentré son attention sur deux aspects pertinents de la justification, étroitement liés entre eux : 1) La structure logique de la motivation, et, par conséquent, les critères de correction rationnelle de celle-ci ; 2) Les formes d'argumentation juridique, c'est-à-dire, les raisons concrètement exposées en appui de la décision, desquelles dépendent son acceptation dans une certaine communauté juridique.

Face à ce changement de perspective, la théorie du raisonnement juridique a adopté deux attitudes différentes à l'égard du vieux modèle syllogistique. Une première famille de théories, que nous pourrions appeler *anti-formalistes*, a soutenu que ce modèle est trompeur : les caractéristiques logiques et argumentatives du raisonnement juridique n'ont pas été correctement saisies, et il est donc opportun d'élaborer des modèles et styles d'étude alternatifs. À l'inverse, une seconde famille

²⁰ Cependant, cette distinction peut s'avérer trompeuse pour l'étude du raisonnement juridique. Le processus qui conduit le juge à trancher le cas n'est en effet pas réductible à un processus cognitif, au moyen duquel serait « découverte » la norme individuelle formulée dans le jugement. La justification de cette dernière a, par ailleurs, des caractéristiques très distinctes de celle qui a lieu dans le domaine de la connaissance scientifique, en référence à laquelle ladite distinction a été élaborée. Pour une analyse critique de la distinction entre « contexte de découverte » et « contexte de justification », voir T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, chap. 3.

de théories, que nous pourrions appeler *analytiques*, a considéré que le modèle syllogistique est incomplet: ce modèle, opportunément corrigé, reste utile pour rendre compte des caractéristiques distinctives du raisonnement juridique, mais n'est clairement pas suffisant pour expliquer comment les juges motivent leurs décisions, ou pour soumettre ces dernières à un contrôle rationnel. Dans les deux paragraphes suivants, nous considérerons deux exemples de conception du raisonnement juridique pour chacune des familles venant d'être mentionnées.

IV. Théories anti-formalistes

A. Nouvelle rhétorique

Une des approches les plus influentes de l'étude du raisonnement juridique qui se détachent du modèle syllogistique du XIX^e siècle a été développée par le logicien et juriste belge Chaïm Perelman. Selon Perelman, le raisonnement juridique n'est pas un raisonnement cognitif qui part de prémisses vraies et arrive nécessairement à une conclusion vraie. Il s'agit plutôt d'un raisonnement dialectique: on part de prémisses incertaines et discutables pour arriver à une conclusion elle aussi incertaine, au sens que rien ne garantit que la conclusion que ce raisonnement justifie soit l'unique solution correcte pour le cas.

En quel sens les prémisses desquelles part le juge pour justifier sa décision sont incertaines et discutables? En ce qui concerne la prémisse normative, elle est clairement élaborée à partir de dispositions juridiques valides, au sens qu'elles appartiennent à l'ordre juridique, ou bien à partir de dispositions applicables, au sens que leur usage est imposé aux juges par des normes dotées de validité dans l'ordre juridique dans lequel ces juges opèrent. Ces dispositions sont réélaborées de différentes manières par les tribunaux et sont incorporées avec d'autres éléments: principes juridiques non-exprimés, avis de doctrine, distinctions élaborées par la dogmatique, décisions formulées pour des cas précédents. Cette réélaboration et cette incorporation ont lieu, à leur tour, en raison du problème juridique à résoudre. Pour la construction de la prémisse normative, le juge est guidé par la *demande* qui se présente à lui dans le cadre processuel, demande qui, à la différence des normes que l'on peut obtenir à partir des dispositions du législateur, concerne un cas particulier. D'où l'exigence d'adapter les matériaux normatifs au contenu de la question soumise au jugement, adaptation qui ne suit pas un cheminement strictement lié par les règles logiques, mais qui se prête à de multiples solutions. Cela vaut aussi à l'égard de la prémisse factuelle de la décision. Celle-ci décrit un fait qui peut être reconstruit de différentes manières, sur la base des éléments probatoires pris en compte. Il s'agit, de plus, d'un fait qui doit être qualifié juridiquement, c'est-à-dire, qui est rattaché à la classe des cas auxquels la prémisse normative choisie par le juge

fait s'ensuivre la conséquence juridique formulée par le juge dans la décision. Par conséquent, la reconstruction du fait, susceptible d'être formulée autrement, est conditionnée par la façon dont le juge a élaboré sa prémisse normative.

Dans cette perspective, l'objectif du raisonnement juridique n'est donc pas de déclarer ce qu'une disposition normative prescrit par elle-même à l'égard d'un cas concret, mais de justifier la décision juridictionnelle en confrontant les thèses concurrentes qui peuvent être soutenues dans le cadre processuel. Et cela sur la base d'assertions qui sont considérées comme pouvant être partagées par l'auditoire, c'est-à-dire par ceux qui participent directement ou indirectement à la discussion²¹. L'activité du juge, si on la comprend en ces termes, ne consiste pas précisément à décider le cas, mais à résoudre la controverse: le juge, pour justifier sa décision, soupèse les raisons exposées par les parties à l'égard d'une demande formulée lors du procès, pour prendre une décision acceptable pour l'auditoire. Il est intéressant de noter que cette conception n'a pas pour seul objet les prémisses du raisonnement, mais aussi la relation que celles-ci ont avec la conclusion. En effet, selon Perelman, il arrive fréquemment dans la motivation d'un jugement que la conclusion ne découle pas nécessairement des prémisses, ce qui a pour conséquence que l'adhésion de l'auditoire est sollicitée par la même relation inférentielle que celle qui unit les éléments du raisonnement²². Dans cette optique, le juge fait usage d'une pluralité d'inférences caractérisées par des structures différentes. Ces inférences, ou arguments interprétatifs²³, sont utilisés parce qu'ils sont ancrés dans la culture juridique et sont communément acceptés par l'auditoire des juristes: ils permettent la justification du choix du juge aux yeux de ses interlocuteurs institutionnels. De plus, le juge utilise rarement un seul argument pour résoudre la controverse. Il utilise habituellement plusieurs arguments enchaînés, donnant vie à des structures argumentatives complexes qui peuvent revêtir des formes diverses.

Le fait que le juge recoure à une pluralité de schémas argumentatifs enchaînés, qui permettent de justifier des thèses diverses – quant au contenu des prémisses normatives et factuelles, et à leur relation inférentielle – met en évidence l'inadéquation du modèle syllogistique du XIX^e siècle. La structure du raisonnement juridique est bien plus flexible et articulée que ce que nous le laisse entendre ce modèle: le juge peut suivre différents chemins pour justifier sa décision et différentes

²¹ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 19 et s. Perelman souligne, en particulier, que les juristes recourent souvent à des arguments « quasi-logiques », destinés à convaincre l'auditoire parce qu'ils sont apparemment similaires aux raisonnements formellement valides utilisés en mathématiques et sciences naturelles, mais qui en réalité ne permettent pas d'arriver à des conclusions univoques et certaines.

²² C. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 138.

²³ Sur les arguments interprétatifs, cf. VELLUZZI, « Argomenti interpretativi », in G. PINO, A. SCHIAVELLO et V. VILLA, *Filosofia del Diritto: Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, *op. cit.*, p. 352-373.

décisions peuvent s'avérer également justifiées. Ainsi, ce qui guide le cheminement argumentatif du juge est surtout la recherche d'un consensus de l'auditoire autour d'une solution équitable de la controverse. Perelman entend par solution équitable une décision qui réalise la justice du cas concret, c'est-à-dire, qui arrive à pondérer les valeurs en jeu en faisant prévaloir la plus importante, y compris, si nécessaire, au-delà de la prescription normative. Ainsi, Perelman ne fait pas appel à des valeurs morales universellement valides, qui justifieraient en dernière instance les décisions juridictionnelles. Le raisonnement du juge est toujours situé dans un contexte social et institutionnel déterminé, dans lequel on suppose un consensus suffisant autour d'un ensemble de valeurs communément admises²⁴. La décision du juge sera donc juste quand elle sera soutenue par un argument dont le juge considère qu'il pourra obtenir « l'adhésion de tout être de raison »²⁵, à la lumière des valeurs communément admises qui constituent les prémisses ultimes du raisonnement. Toutefois, dans le cas où ce consensus est inexistant, il ne sera pas possible de parvenir à une solution « raisonnable » de la controverse : le juge sera contraint d'adopter, par des compromis acceptables par rapport au cas particulier, une solution provisoire des problèmes posés, en attendant que la pratique acceptée permette d'élaborer des solutions législatives²⁶.

Il va sans dire que le modèle élaboré par Perelman prend radicalement ses distances avec la figure du juge « bouche de la loi », qu'il soit compris comme un modèle explicatif de la motivation du jugement ou comme une doctrine qui vise à guider l'activité des juges. Dans la perspective perelmanienne, le juge remplit, en tous points, la fonction de médiateur social dans les situations de conflit, médiation qui parfois mène à consolider les directives de conduite élaborées par le législateur, et qui d'autres fois, à l'inverse, mène à créer du droit, en introduisant dans l'ordre juridique des normes rattachables à des valeurs partagées au sein d'une société donnée.

B. Herméneutique juridique

Une piste de recherche qui se développe parallèlement à l'approche rhétorique proposée par Perelman est celle de l'herméneutique juridique. Les tenants de cette approche, parmi lesquels on peut rappeler Karl Engisch, Karl Larenz, Arthur Kaufmann et Josef Esser, ne concentrent pas leur attention sur les caractéristiques de la motivation du jugement, mais plutôt sur la *méthode juridique*, c'est-à-dire, sur l'ensemble des opérations intellectuelles que le juge réalise pour parvenir à la

²⁴ C. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.

²⁵ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, p. 36. Pour une reconstruction critique de cette thèse perelmanienne, qui se fonde sur la notion d'« auditoire universel », cf. L. GIANFORMAGGIO, *Gli argomenti di Perelman*, Rome, Edizioni di Comunità, 1973, p. 218 s.

²⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique, op. cit.*

solution du cas, lesquelles ne sont que partiellement explicitées dans la justification de la décision. Ces opérations ne sont pas conçues par l'herméneutique juridique comme le séquençage des états psychologiques du juge, mais comme les activités qu'il réalise sur les textes normatifs et les documents probatoires. En ce sens, le raisonnement juridique est entendu comme une activité pratique qui implique le juge et tous les autres protagonistes du procès (avocats, ministère public, témoins, experts, etc.). Le point fondamental de cette approche est constitué par la centralité reconnue à l'interprétation juridique²⁷. Le principal défaut du modèle syllogistique consiste, selon l'herméneutique, à mettre entre parenthèses le rôle joué par l'interprétation dans l'activité décisionnelle du juge. L'interprétation, entendue comme la compréhension de la signification d'un texte, constitue un phénomène invasif : le juge y recourt chaque fois qu'il considère une disposition normative dans sa recherche d'une solution au cas, dès lors que n'importe quel texte peut revêtir plus d'une signification à l'égard du contexte historique et social considéré. Les autres activités que le juge réalise dans le cadre processuel sont aussi du type interprétatif : même quand il s'agit de constater les faits objet de la controverse, le juge a en main des textes comme les documents probatoires, les témoignages et les expertises, auxquels il doit attribuer une signification cohérente pour réussir à reconstruire les événements sur lesquels portent son jugement. Une signification qui n'est jamais complètement prédéterminée et dont la détermination requiert des choix discrectionnaires²⁸. Si l'on prend en considération la centralité de l'interprétation dans le travail du juge et, plus généralement, de n'importe quel opérateur juridique ou d'un chercheur en droit, comment s'articule le raisonnement juridique ? Selon l'herméneutique, le point de départ du raisonnement juridique est la *précompréhension*. Par « précompréhension » est entendue l'anticipation hypothétique de la solution du cas, c'est-à-dire, de la norme individuelle qui constituera le dispositif du jugement. En premier lieu, le juge, face au cas sur lequel il doit statuer, émet une hypothèse à propos d'une solution qui pourrait être conforme au droit. Il s'agit d'une anticipation qui dépend de sa compétence professionnelle, de sa connaissance de l'ordre juridique et des principes et valeurs qui lui sont propres. Comme n'importe quelle hypothèse, la précompréhension ne joue qu'un rôle préliminaire dans le raisonnement : elle est l'objet du raisonnement juridique. Cette assertion théorique entraîne un renversement du modèle du syllogisme traditionnel. Le raisonnement juridique ne part pas de prémisses données pour arriver à une conclusion nécessaire : il part d'une hypothèse de décision pour arriver aux prémisses qui la justifient. Selon l'herméneutique juridique, les prémisses normatives et factuelles de la décision sont construites par le juge à partir de l'hypothèse décisionnelle de départ. L'ensemble

²⁷ Cf. V. VILLA, « Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica », in G. PINO, A. SCHIAVELLO et V. VILLA, *Filosofia del Diritto: Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, op. cit., p. 289-315.

²⁸ Voir B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milan, Giuffrè, 1996.

des activités au moyen desquelles la construction des prémisses est réalisée porte le nom de cercle *herméneutique*²⁹. Une fois l'hypothèse de solution du cas formulée, le juge cherche une ou plusieurs dispositions normatives desquelles on pourrait obtenir, au moyen de l'interprétation, la norme individuelle que constitue l'hypothèse de départ. Cette recherche peut être un succès ou ne pas aboutir, forçant le juge, dans le second cas, à modifier son hypothèse décisionnelle. Une fois identifiée la prémisses normative qui justifie cette hypothèse, le juge concentrera son attention sur les éléments probatoires du cas pour constater s'ils intègrent ou non la classe de faits générale qui a été identifiée. Si ce n'est pas le cas, l'hypothèse devra ensuite être affinée, jusqu'à parvenir à une formulation des prémisses qui justifie la conclusion. Par exemple, supposons que le juge doit résoudre le cas de Paul, qui a été accusé d'avoir tué Daniel avec un pistolet. Pour résoudre ce cas, le juge part de l'hypothèse normative d'après laquelle Paul doit être condamné pour homicide. Pour apprécier cette hypothèse, le juge cherche dans le code pénal la disposition dont on peut obtenir la norme générale qui règle le cas, puis évalue son hypothèse de ce point de vue. Si l'on admet que l'on peut obtenir la norme « celui qui cause la mort d'un homme doit être sanctionné d'une peine de prison » à partir des dispositions appartenant à l'ordre juridique, le juge vérifiera que des éléments de fait qui intègrent la classe de faits prévue par la norme sont présents. Imaginons cependant qu'au cours du processus probatoire certains d'entre eux permettent de considérer qu'en réalité, en tuant Daniel, Paul essayait de se défendre contre la tentative de Daniel de le tuer. Ces éléments entraîneront le juge à modifier sa précompréhension et ainsi à formuler une nouvelle hypothèse décisionnelle : nous sommes face à un cas de légitime défense. Si le juge identifie, au moyen de l'interprétation, une nouvelle norme qui justifie cette seconde hypothèse sur la base des éléments de preuve reconnus, il aura finalement atteint une décision qui pourra être considérée comme justifiée. Le raisonnement juridique, ainsi considéré, ne suit pas une évolution linéaire, au sens que les prémisses conduisent à la conclusion, mais une évolution circulaire : les prémisses et la conclusion sont déterminées conjointement et progressivement jusqu'à parvenir à la décision finale³⁰. Il est intéressant de noter que l'articulation du raisonnement juridique qui vient d'être décrite n'apparaît pas toujours dans la motivation du jugement. La décision peut être justifiée en ayant recours au schéma syllogistique habituel ou au moyen d'arguments rhétoriques ou dialectiques. Selon la perspective

²⁹ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 42 et s.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, p. 183. Sur le concept de précompréhension, voir aussi G. ZACCARIA, « L'ermeneutica e la teoria del diritto », in G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padoue, Cedam, 1990, p. 79 et s.

³⁰ « Les deux facteurs du processus interprétatif, la classe de faits et le fait, sont déterminés concomitamment, non pas une fois pour toutes et sur le même niveau herméneutique, mais à maintes reprises et à divers niveaux herméneutiques ». Cf. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2007, p. 168.

herméneutique, le juge réalise inévitablement cette série d'opérations pour parvenir à une solution justifiée du cas, opérations qui peuvent être décrites comme une série d'actes interprétatifs qui ont pour objet les textes. Cependant, comme dans le cas de la rhétorique de Perelman, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire fait l'objet de restrictions. Ces restrictions sont avant tout liées aux textes normatifs, lesquels n'admettent pas *n'importe quelle* interprétation, mais seulement les attributions de signification qui sont acceptables dans un certain contexte linguistique, sur la base des règles de la langue et des directives interprétatives adoptées par la communauté d'interprètes. Dans le même temps, le pouvoir discrétionnaire du juge est lié par les faits objet de la controverse : étant donné les éléments probatoires exposés au jugement, le juge est tenu de formuler une narration cohérente des événements, dans laquelle chacune des preuves admises trouve une explication plausible. De manière plus générale, l'herméneutique juridique partage avec la nouvelle rhétorique pérelmanienne l'idée selon laquelle une des tâches du juge consiste à garantir une solution du cas équitable et raisonnable. Équitable au sens de sa capacité à rendre justice par rapport au cas concret³¹ ; raisonnable au sens qu'elle est le produit d'une pondération des intérêts en jeu, réalisée sur la base des valeurs partagées par une communauté juridique historiquement déterminée³².

C. Quelques considérations critiques

Les approches de l'étude du raisonnement juridique développées par la nouvelle rhétorique et par l'herméneutique, à la lumière de la reconstruction proposée, ont des caractéristiques distinctes. La première concentre son attention sur la motivation du jugement et sur sa structure rhétorico-argumentative, la seconde sur la pratique juridictionnelle conçue comme un ensemble d'activités interprétatives que le juge réalise pour parvenir à une solution du cas susceptible de justification. Dans le même temps, comme on a pu le voir, ces deux approches partagent des caractéristiques importantes. En premier lieu, les deux proposent un modèle de rationalité de la décision juridictionnelle – un modèle auquel la littérature fait référence en utilisant le terme « raisonnable » – alternatif à celui logico-déductif qui caractérise le syllogisme juridictionnel. La raisonnable caractérise les raisonnements qui visent à identifier, conjointement, les fins d'une action ou d'une décision et les moyens appropriés pour l'atteindre. La raisonnable aurait en ce sens des caractéristiques distinctes de la rationalité *tout court*³³, qui caractérise à l'inverse les raisonnements qui ont pour objectif d'expliquer les faits empiriques, comme ceux des sciences

³¹ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, op. cit., p. 2.

³² De ce point de vue la rationalité pratique ou « raisonnable » consiste « à « rendre possible » un consensus sur les questions de justice au sein d'institutions sociales et législatives positivement reconnues », *idem*, p. 9.

³³ Ndt : en français dans le texte.

naturelles, ou, dans le champ pratique, d'identifier les moyens pour parvenir à une fin déterminée. La raisonnable, à la différence de la rationalité *tout court*³⁴, ne se fonde pas sur des lois ou principes généraux décrits par la logique : la raisonnable guide et/ou justifie une décision à l'égard d'un cas particulier sur la base de critères de jugement qui ne sont pas généralisables. D'où l'impossibilité d'identifier des critères objectifs et universels pour reconnaître une décision raisonnable. Cela n'empêche pas qu'une telle décision puisse être trouvée et justifiée en présupposant l'adhésion à quelques valeurs sociales, politiques ou religieuses partagées, en fonction desquelles le juge peut découvrir la fin que sa décision doit réaliser. En second lieu, les deux perspectives finissent par reconnaître au juge un rôle actif dans la création du droit. Le juge n'est pas un automate qui se limite à appliquer les directives de conduite prédéterminées par le législateur. Il serait plus juste de dire qu'il collabore avec le législateur pour déterminer le contenu des dispositions en rapport avec le cas concret et, quand c'est nécessaire, incorpore le droit. En utilisant une métaphore proposée par l'herméneutique juridique, on peut dire que les dispositions formulées par le législateur sont un produit semi-élaboré qui doit être adapté aux circonstances décisionnelles et incorporé à la lumière des principes et valeurs partagés. Cette conception du rôle du juge finit par modifier le contenu des principes de légalité, d'égalité devant la loi et de séparation des pouvoirs qui caractérisent l'État constitutionnel de droit, ainsi que le contenu que revêt la valeur de la sécurité juridique. Cette dernière n'est pas conçue comme une simple prévisibilité des conséquences juridiques d'une conduite, mais comme l'attente légitime d'une solution juste de la controverse. De même, l'égalité de traitement est garantie par rapport aux circonstances du cas particulier, des circonstances différentes justifiant des solutions différentes. De plus, le principe de séparation des pouvoirs ne prescrit pas une division des rôles rigide entre législateur et juge, mais plutôt une coopération entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, lesquels, bien qu'ils remplissent des fonctions différentes, participent à une activité commune³⁵. Il s'ensuit que le principe de légalité, traditionnellement entendu comme la soumission du juge à la loi, se transforme en la soumission du juge au droit, à condition que le droit ne soit pas entendu comme un ensemble de normes positives, mais comme un ensemble de normes, principes et valeurs que le juge doit harmoniser entre eux afin de garantir une solution juste pour le cas.

Cette reconstruction du raisonnement juridique est-elle convaincante? Il faut noter en premier lieu qu'en soulignant le caractère discrétionnaire des décisions juridictionnelles et la fonction rhétorique jouée par l'argumentation juridique, l'étude menée par les conceptions anti-formalistes prête opportunément attention à certains aspects importants de la pratique interprétative et argumenta-

³⁴ Ndt: en français dans le texte.

³⁵ Cf. F. VIOLA et G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Bari, Laterza, 1999, p. 159 et p. 161.

tive qui ont été obscurcis par le modèle syllogistique traditionnel. De même, grâce à l'étude menée par la nouvelle rhétorique et par l'herméneutique, l'idée que le juge joue un rôle actif dans la création du droit a été consolidée dans la culture juridique, qu'il s'agisse de déterminer la signification des dispositions juridiques lorsqu'il les interprète, ou qu'il s'agisse d'incorporer le droit quand un cas n'est réglé par aucune disposition. D'autre part néanmoins, ces considérations de type théorique sont entrelacées de conjonctures de caractère psychologique, d'appréciations relatives aux aspects stylistiques du raisonnement, ainsi que de directives adressées aux tribunaux, orientées vers l'obtention de décisions raisonnables et équitables. Cela affaiblit la capacité explicative des thèses anti-formalistes, dont le discours n'offre pas une représentation réaliste de la pratique juridique concrète mais plutôt le reflet des désirs et valeurs du théoricien du droit. Les directives que ces conceptions adressent aux juges se fondent sur des présupposés problématiques et controversés. Les sociétés pluralistes contemporaines ne semblent pas caractérisées par des valeurs ou des principes moraux largement partagés ; de plus, dans les cas dans lesquels ces valeurs et principes seraient identifiables, leur formulation s'avère si indéterminée qu'elle ouvre la voie à une large discrétionnalité de l'interprète pour la détermination de leur signification. Les valeurs et principes moraux auxquels les individus adhèrent dans les sociétés contemporaines sont nombreux et sont fondamentalement en conflit entre eux³⁶. Par conséquent, ainsi considérés, ils ne semblent pas constituer une ressource pour résoudre les problèmes interprétatifs, ou pour justifier le jugement de façon concluante et garantir la justice pour le cas concret. Au contraire, y recourir pour résoudre une controverse risque d'augmenter de manière importante l'indétermination et l'incertitude du droit, ainsi que les conflits sociaux auxquels le droit peut donner lieu.

En ce sens, la nouvelle rhétorique et l'herméneutique juridique semblent renoncer au rôle méthodologique traditionnellement joué par la théorie du raisonnement juridique. Si les deux axes de recherche ont souligné à plusieurs reprises le besoin d'élaborer des méthodes pour contrôler l'activité décisionnelle des tribunaux, ce contrôle se réduit à un aspect de la même activité argumentative et interprétative que celle qui devrait être contrôlée³⁷. S'ensuit que ces conceptions se limitent à reconnaître à la capacité de jugement du juge et à son sens de la justice un rôle déterminant pour l'interprétation des textes normatifs et la création des normes. Cette position court le risque de transformer le juge, d'une part, en une figure idéale éloignée de la réalité concrète et, d'autre part, en un sujet institutionnel à qui il revient d'établir les limites de l'exercice de son propre pouvoir.

³⁶ Sur les valeurs et principes juridiques, cf. G. BONGIOVANNI, « Il neocostituzionalismo », in G. PINO, A. SCHIAVELLO et V. VILLA, *Filosofia del Diritto: Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, op. cit., p. 84-116.

³⁷ Voir sur ce point G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Bari, Laterza, 2012, p. 133.

V. Théories analytiques

A. Analyse des syllogismes décisionnels

La seconde approche importante du raisonnement dans le champ judiciaire au xx^e siècle consiste en l'analyse du raisonnement juridique. Les conceptions analytiques ne soutiennent pas, à la différence des conceptions anti-formalistes, que le raisonnement juridique serait caractérisé par une rationalité *sui generis* destinée à identifier les fins politiques et morales que le droit doit réaliser, ainsi que les moyens juridiques idoines pour les atteindre. Au contraire, il est possible de construire un modèle rationnel de la motivation correcte du jugement en utilisant les instruments de la logique. Une première façon de procéder à sa construction consiste à formuler des hypothèses concernant la forme typique des prémisses du raisonnement. Pour ce faire, il est nécessaire de définir les règles inférentielles qui règlent la relation entre les prémisses et la conclusion, lesquelles dépendent des lois de la logique, des dispositions en vigueur dans un certain ordre juridique, et des thèses formulées par la doctrine et la jurisprudence. Si le modèle qui en découle est en mesure de faire la lumière sur les éléments de la motivation du jugement qui se révèlent déterminants pour sa justification, la théorie du raisonnement juridique aura atteint son objectif³⁸. Si l'on adopte ce point de vue, le modèle syllogistique ne semble pas trompeur, car il capture certains aspects pertinents de la forme logique de la justification. Ce modèle est simplement insuffisant pour rendre compte des caractéristiques distinctives du raisonnement juridique. Par conséquent, il a besoin d'être modifié et complété afin de préciser les conditions auxquelles les choix discretionnaires réalisés par le juge sont rationnellement justifiés³⁹.

Parmi les pionniers de ce type d'études on trouve le théoricien du droit polonais Jerzy Wróblewski. Selon Wróblewski, la représentation du raisonnement du juge qu'offre le modèle syllogistique traditionnel ne concerne que la *justification interne* de la décision : étant donné la prémisse normative et la prémisse factuelle, il montre à quelles conditions la conclusion que l'on obtient est rationnellement justifiée. Cette représentation du raisonnement comporte deux défauts. En premier lieu, les conditions de justification de la conclusion sont décrites de manière imprécise. Les règles d'inférence qui guident la justification interne ne sont pas complètement assimilables à celles de la logique déductive, lesquelles valent pour

³⁸ Voir sur ce point P. COMANDUCCI, « Ragionamento giuridico », in M. BESSONE, E. SILVESTRI et M. TARUFFO (dir.), *I metodi della giustizia civile*, Padoue, Cedam, 2000, p. 89.

³⁹ Comme le mentionne Robert Alexy, « l'objet d'une théorie du syllogisme juridique, en plus du contrôle de la validité de la conclusion déduite des prémisses, consiste à identifier les formes du raisonnement qui sont normativement contraignantes et/ou appliquées de fait », cf. R. ALEXY, « Die logische Analyse juristischer Entscheidung », in R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurt. Studien zur Rechtsphilosophie*, Francfort, Suhrkamp, 1995, p. 19.

les énoncés susceptibles d'être vrais ou faux : elles sont plutôt constituées de règles de type « juridique » qui dépendent des caractéristiques et des exigences du contexte juridique de référence⁴⁰. De cette manière, il arrive qu'une décision qui découle déductivement des prémisses paraisse absurde dans certaines situations, et qu'une décision qui découle des prémisses d'une façon non-déductive soit considérée justifiée dans un certain contexte juridique⁴¹.

En plus de corriger le modèle syllogistique traditionnel, il est nécessaire d'identifier les conditions de la justification externe de la décision juridictionnelle pour rendre compte des inférences juridiquement valides. La *justification externe* a pour objet les prémisses normatives et factuelles de la décision, et, par conséquent, l'acceptabilité rationnelle du jugement en dépend aussi. La construction des prémisses décisionnelles, comme l'a mis en évidence Kelsen, requiert une pluralité de choix de la part du juge, lesquels exigent, du point de vue théorique, une justification. Les conditions auxquelles ces choix sont justifiés sont, par conséquent, identifiées de façon rigoureuse, au moyen d'un modèle de raisonnement qui identifierait la structure formelle de la justification externe. Selon Wróblewski, en particulier, les choix que le juge réalise pour construire la prémisses normative de la motivation ont pour objet la validité de la disposition adoptée pour régler le cas, les règles interprétatives utilisées par le juge pour attribuer une signification à cette disposition, l'application correcte de ces règles, l'éventuelle résolution des antinomies et lacunes. Concernant la prémisses factuelle de la motivation, en revanche, les choix en jeu sont liés aux normes qui règlent l'administration des preuves, les standards scientifiques et techniques utilisés en matière probatoire, les *massime di esperienza*⁴² auxquelles le juge recourt souvent lors de la construction du fait objet du jugement. Nous reviendrons sur ces moments décisionnels dans les derniers paragraphes de ce texte. Il est maintenant nécessaire de mentionner que dans la perspective de Wróblewski, le syllogisme décisionnel présente une structure flexible et complexe. Selon la décision à justifier, et par conséquent les problèmes interprétatifs et probatoires à résoudre, il

⁴⁰ J. WRÓBLEWSKI, « Legal Decision and Its Justification », *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53/54, mars-juin 1971, p. 412. Wróblewski met même en doute que les relations entre les prémisses et la conclusion du raisonnement juridictionnel soient descriptibles en termes inférentiels : il s'agirait plutôt de « transformations » non rattachables aux implications logiques, qui répondent à l'exigence de garantir la « cohérence » entre prémisses et conclusions. Cf. J. WRÓBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, Bari, Laterza, 1986, p. 214.

⁴¹ Ces problèmes ont été mis en lumière par A. ROSS, « Les impératifs et la logique », in A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. Millard et E. Matzner, Paris, LGDJ, 2004, p. 39 et s.

⁴² Ndt : cette notion juridique italienne (et espagnole) n'existe pas en droit français. Les *massime di esperienza* sont des définitions ou des jugements hypothétiques, de contenu général, tirés de l'expérience ordinaire ou de la pratique commune. En tant que telles, elles ne constituent donc pas des lois scientifiques. Cependant, elles ne peuvent pas pour autant être de simples conjonctures (qui manqueraient du minimum de plausibilité requis pour être qualifiées de *massime di esperienza*), et doivent s'appliquer plus largement que seulement aux faits de la controverse.

acquiert un nombre variable de prémisses relatives à la justification interne. Chacune de ces prémisses constitue à son tour la conclusion d'autres inférences, dont les prémisses requièrent également une justification rationnelle. Concernant la prémisse normative, les raisons qui justifient le choix des règles interprétatives utilisées pour parvenir à sa formulation entrent particulièrement en jeu; en revanche, concernant la prémisse factuelle, ce seront les normes qui concernent l'administration et l'appréciation des preuves qui feront l'objet d'une attention particulière, normes qui doivent elles aussi trouver leurs conditions de justification dans le modèle. Par conséquent, le raisonnement juridique observé dans son ensemble se configure comme une série de chaînes de syllogismes décisionnels, lesquels se greffent sur un tronc commun constitué par la justification interne pour motiver rationnellement le dispositif du jugement. Il va sans dire que les motivations concrètement formulées par le juge ne présentent pas toujours cette articulation complexe; quoi qu'il en soit, le modèle analytique élaboré par Wróblewski a le mérite d'établir les conditions nécessaires et suffisantes pour que n'importe quelle décision juridictionnelle soit considérée juridiquement justifiée. De cette manière, il se présente comme un instrument de contrôle de l'activité du juge.

B. Analyse du discours rationnel

Un modèle différent de raisonnement juridique, qui utilise les instruments élaborés par la philosophie analytique en les conjuguant avec certaines assertions de l'herméneutique juridique, a été développé par le philosophe du droit allemand Robert Alexy⁴³. Alexy partage avec Wróblewski les considérations critiques mentionnées précédemment à l'égard du modèle syllogistique du XIX^e siècle. Cet auteur souligne aussi le rôle central de la « justification externe » dans la motivation du jugement et, par conséquent, la nécessité de justifier les prémisses de la décision pour contrôler la rationalité de cette dernière. Cependant, le modèle développé par Alexy adopte des présupposés théoriques et philosophiques assez différents. Le raisonnement juridique n'est pas reconstruit en élaborant un modèle qui identifie la structure formelle que la motivation du jugement doit revêtir pour être considérée juridiquement justifiée. Ce type de raisonnement est conçu comme un cas particulier du discours pratique et tire de ce dernier ses propres caractéristiques fondamentales et ses propres règles de fonctionnement. Mais, en quoi le raisonnement juridique est un type de discours pratique?

Comme nous l'avons souligné au début de ce texte, la motivation du jugement peut être décrite comme une forme de communication linguistique qui a lieu dans un contexte institutionnel gouverné par des normes. Ainsi, on peut concevoir le raisonnement juridique comme un discours adressé par le juge à d'autres sujets

⁴³ Sur ce point, cf. G. BONGIOVANNI, « Il neocostituzionalismo », *op. cit.*

qui a, en tant que tel, une « prétention de correction » : les affirmations que le juge fait dans la motivation prétendent être acceptées comme correctes, justes, valides, sur la base des raisons qui les justifient⁴⁴. Pour que la correction de ces affirmations soit garantie, celles-ci doivent néanmoins observer des règles spécifiques, en partie dépendantes des contextes du discours et en partie de caractère universel, valides pour n'importe quel être humain dans n'importe quel type de communication linguistique. Le respect de cet ensemble de règles, qui caractérisent le discours pratico-rationnel, constitue une condition nécessaire, bien que non-suffisante, pour que la communication soit un succès, et, par conséquent, à l'égard de la motivation de la décision juridictionnelle, afin que ces décisions puissent être considérées justifiées par n'importe quel sujet rationnel. Ces règles n'indiquent pas les prémisses que le juge doit adopter : celles-ci seront déterminées par les désirs, par les valeurs et par l'information dont il dispose. Les règles du discours rationnel prescrivent seulement la *procédure* qui doit être adoptée pour justifier la décision. Le modèle de raisonnement juridique développé par Alexy a donc ouvertement une prétention normative : il prescrit comment le juge doit motiver le jugement pour que ce dernier soit justifié à la lumière de principes universels. Il s'agit de principes qui sont à la base non seulement de la communication linguistique, et par conséquent du discours rationnel, mais aussi de l'État constitutionnel de droit, lequel constitue la forme politique qui historiquement réalise le mieux ces principes, et qui fonctionne comme un axe autour duquel doit s'organiser toute la communauté sociale. Le respect des règles du discours rationnel garantit donc que la motivation du jugement est justifiée ainsi que sa conformité aux principes des États constitutionnels de droit et aux critères de justice qui les caractérisent.⁴⁵

Mais quelles sont ces règles fondamentales du discours rationnel ? Alexy les formule de la manière suivante : (1) aucun locuteur ne peut se contredire (*principe de non-contradiction*) ; (2) chaque locuteur ne peut affirmer que ce que lui-même croit (*principe de sincérité*) ; (3) chaque locuteur qui applique un prédicat F à un objet A doit être disposé à appliquer aussi F à d'autres objets qui seraient similaires à A dans chacun des aspects pertinents (*principe d'universalisation*) ; (4) différents locuteurs ne peuvent utiliser la même expression en lui attribuant des significations différentes (*principe de cohérence*)⁴⁶. On peut extraire de ces règles universelles les critères de

⁴⁴ « Celui qui affirme quelque chose ne veut pas seulement exprimer ce qu'il croit, il prétend aussi que ce qu'il dit est justifiable, c'est-à-dire est vrai et juste. Cela vaut également pour les propositions qui sont normatives et celles qui ne le sont pas » (traduction de l'italien). Cf. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 152.

⁴⁵ Manuel Atienza souligne la centralité des processus argumentatifs dans l'État constitutionnel de droit : M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione* (2006), Naples, Esi, 2012.

⁴⁶ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica, op. cit.*, p. 150. En plus de cet ensemble de règles fondamentales, Alexy identifie d'autres ensembles de règles qui caractérisent le discours rationnel, lesquelles déterminent les modalités du développement de la communication linguistique (règles de

justification du jugement. Sur la base du principe d'universalisation, aussi appelé principe de justice formelle, une décision juridictionnelle ne sera justifiée que si elle se fonde sur une « norme universelle » qui joue le rôle de prémisse majeure du raisonnement. Toujours sur la base de ce principe, le dispositif du jugement doit découler logiquement de la norme universelle, pour éviter que cette dernière ne soit utilisée pour justifier n'importe quelle conclusion. Sur la base du principe de sincérité, la décision sera justifiée si elle se fonde sur une reconstruction du cas qui est considérée vraie, et qui joue comme prémisse mineure du raisonnement. Cet ensemble de règles configure de manière originale le modèle syllogistique juridictionnel, en le fondant sur les principes universels qui caractérisent, selon Alexy, la communication linguistique. Néanmoins, comme nous l'avons déjà observé avec Wróblewski, l'application de cet ensemble de règles n'est pas suffisante pour justifier de manière complète un jugement juridictionnel concret. En effet, fréquentes sont les situations dans lesquelles une disposition juridique peut revêtir plus d'une signification, la norme choisie pour régler le cas admet des exceptions implicites, le cas n'est pas régi par une norme pertinente de l'ordre juridique, ou deux normes qui règlent la même circonstance de fait lui associent deux conséquences juridiques incompatibles entre elles. Les choix réalisés par le juge dans ces situations sont également justifiés et donc inclus, en tant que prémisses, au sein de la « justification interne »⁴⁷. Néanmoins, cela ne suffit pas à épuiser le procédé de justification : les prémisses utilisées dans la « justification interne » nécessitent aussi un fondement rationnel. Celui-ci est fourni par la « justification externe », laquelle a pour objet des énoncés qui expriment des normes juridiques, des énoncés empiriques concernant les faits, et des énoncés « qui ne sont ni des propositions empiriques concernant les faits, ni des règles de droit positif mais qui sont utilisés dans la motivation du jugement »⁴⁸. À chacun de ces genres de prémisses correspondent différentes méthodes de justification. Selon Alexy, les canons et arguments interprétatifs⁴⁹ jouent un rôle particulièrement important à cet égard, ils règlent la façon dont le juge doit attribuer à une disposition juridique la signification qui sera ensuite formulée dans la prémisse majeure du syllogisme juridictionnel. Ces canons incluent des règles de type sémantique, extraites de l'usage du langage, des règles de type génétique, référant à l'intention de celui dont a émané la disposition, ainsi que des règles de type téléologique, qui concernent les fins poursuivies par la disposition. Ces règles

raison), qui s'imposent à celui qui doit justifier ses propres affirmations (règles de l'honneur dans l'argumentation), et les formes que les arguments doivent revêtir.

⁴⁷ Selon Alexy, sur la base du principe d'universalisation dans le raisonnement, « autant de niveaux de développement sont nécessaires pour parvenir à des énonciations dont l'application au cas considéré est indiscutable », cf. R. ALEXY, *Teoria dell' argomentazione giuridica*, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁸ *Idem*, p. 182. Le modèle de Alexy a été récemment repris et développé par la théorie pragmatique-dialectique du raisonnement juridique : cf. E. FETERIS, *Fundamental of Legal Argumentation. A survey of Theories of Justification of Legal Decisions*, Dordrecht, Springer, 1999, chap. 5.

⁴⁹ Cf. V. VELLUZZI, « Argomenti interpretativi », *op. cit.*

ont toutefois un *statut* problématique : elles ne sont pas d'authentiques directives adressées au juge, mais plutôt de simples « schémas argumentatifs », qui définissent une sorte de « grammaire de l'argumentation juridique »⁵⁰ en rapport à un ordre juridique déterminé. De plus, leur hiérarchie varie selon le contexte juridique et le cas considéré. La théorie du discours ne sera donc pas en mesure de définir une procédure de justification externe universellement valide. Néanmoins, elle est en mesure de montrer quelle est la structure des différentes formes d'argumentation et indique à quelles conditions son usage permet de motiver le jugement de façon rationnelle.

C. Quelques considérations critiques

Les modèles analytiques du raisonnement juridique qui viennent d'être mentionnés adoptent une méthode rigoureuse dans l'étude de la motivation du jugement, qui distingue clairement les considérations de type descriptif qui visent à rendre compte de la pratique juridique concrète, des considérations de type normatif qui visent à guider cette pratique pour garantir le respect des principes et la réalisation des valeurs qui caractérisent l'État constitutionnel de droit. Ces modèles peuvent donc fonctionner comme des instruments idoines au contrôle rationnel des décisions des juges, un contrôle qui n'est pas sujet à l'indétermination qui affecte le critère de raisonnabilité auquel font appel les modèles anti-formalistes. Toutefois, cette famille de théories fait aussi l'objet de quelques considérations critiques. À l'égard du modèle théorique développé par Wróblewski, il faut mentionner qu'il s'agit d'un schéma de justification rudimentaire, qui ne rend pas compte de façon exhaustive des innombrables prémisses et règles d'inférence qui caractérisent la justification externe dans les pratiques juridictionnelles concrètes. Ce modèle, par conséquent, s'avère insuffisant pour établir les critères de contrôle rationnel de la décision du juge. On peut le concevoir, au mieux, comme un simple projet de recherche, qui nécessite des développements ultérieurs s'il souhaite aspirer à offrir un modèle complet de la justification juridique. Il met en évidence, dans le même temps, la difficulté et les limites qu'un projet de ce type rencontre sur son chemin⁵¹. De plus, le modèle de Wróblewski ne prête pas suffisamment attention à la justification des faits de la décision, c'est-à-dire, aux caractéristiques du raisonnement probatoire⁵². La justification des prémisses mineures du syllogisme juridictionnel implique l'analyse des méthodes des sciences empiriques, le rôle joué par les

⁵⁰ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., p. 194.

⁵¹ Le modèle de Wróblewski a été récemment développé et perfectionné par Pierluigi Chiassoni, voir P. CHIASSONI, « Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico », in P. COMANUCCI et R. GUASTINI (dir.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turin, Giappichelli, 2004, p. 55-124; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologne, Il Mulino, 2007.

⁵² Cf. toutefois J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 131 et s.

normes procédurales relatives aux modalités d'administration des preuves et à la charge de la preuve, ainsi que les caractéristiques des raisonnements qui se fondent sur les *massime di esperienza*; ces problèmes, que nous traiterons dans la suite de cet article, ont traditionnellement été placés au second plan par les théories analytiques du raisonnement juridique.

Quant au modèle de discours rationnel proposé par Alexy, il faut avant tout signaler qu'il s'agit d'un modèle normatif dont les prémisses font l'objet d'une âpre discussion philosophique. Les règles du discours rationnel ne correspondent pas aux règles effectivement suivies par les juges pour articuler la motivation du jugement, et ne sont pas assimilables aux règles de la logique ou de la rhétorique. Alexy les formule en postulant l'existence d'une « situation linguistique idéale », de laquelle l'argumentation des juges, avec quelques ajustements relatifs au contexte, devrait s'approcher autant que faire se peut pour être à la fois rationnelle et juste. Il faut se demander, toutefois, si les caractéristiques distinctives de ce modèle idéal, et les valeurs qui président sa construction, sont vraiment universellement valides et suffisamment comparables à la réalité juridictionnelle pour permettre l'adéquation de cette pratique au modèle proposé. De plus, la procédure mise au point par Alexy permet de justifier des solutions d'une controverse incompatibles entre elles : l'application de ce modèle permet de justifier, par rapport à un même ordre juridique, aussi bien la norme N (par exemple, « Paul doit être condamné ») que sa négation (« Paul ne doit pas être condamné »), alors qu'elles sont motivées en suivant la procédure rationnelle prescrite⁵³. Par conséquent, si cela est vrai, l'utilité pratique de ce modèle à des fins de contrôle de l'activité juridictionnelle pourrait s'avérer douteuse. Pour résoudre cette question, il faudrait analyser les décisions qui ne trouvent pas de justification à la lumière de la théorie du discours rationnel. D'autre part, cependant, il faut souligner que ce résultat est inévitable si l'on considère que les ordres juridiques contemporains souffrent d'une incohérence constitutive, due au manque de systématisme qui caractérise l'œuvre des organes législatifs. Le fait que le modèle proposé par Alexy admette la possibilité de justifier une norme et en même temps sa négation dépend des prémisses décisionnelles adoptées, à l'égard desquelles la procédure de justification n'a rien à dire.

Plus généralement, l'observation de Wróblewski selon laquelle l'étude du raisonnement juridique peut utilement tirer parti à la fois de la contribution des modèles analytiques et des approches anti-formalistes semble acceptable. Les premiers sont utiles pour décrire certains aspects de la motivation du jugement à travers la traduction des arguments effectivement développés par le juge en schémas argumentatifs logiquement rigoureux; les secondes sont utiles pour formuler

⁵³ Même en appliquant les règles du discours rationnel, il reste « une vaste étendue de ce qui est discursivement possible dans laquelle peut être justifié un énoncé normatif déterminé comme sa négation sans enfreindre les règles du discours » cf. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, op. cit., p. 226.

des conjectures sur les processus psychologiques qui conduisent les juges à décider, pour étudier la relation entre la motivation du jugement et les normes procédurales qui régissent le procès, ainsi que pour mettre en évidence les phases du raisonnement juridique dans lesquelles entrent en jeu les choix politiques ou de valeurs du juge⁵⁴. Ce n'est qu'en conjuguant les contributions des théories analytiques et celles des conceptions anti-formalistes, en dépit des différences qui distinguent les deux approches, qu'il semble possible de reconstruire de manière satisfaisante les caractéristiques distinctives du raisonnement juridique.

Dans les prochains paragraphes, nous examinerons plus en détail la structure du raisonnement utilisé pour justifier les prémisses des jugements (ladite justification externe), qui est unanimement considérée comme le moment crucial de la justification. Le problème de la justification des prémisses décisionnelles sera traité en adoptant une approche analytique qui se propose de décrire les caractéristiques fondamentales du raisonnement tel qu'il se présente dans la pratique juridictionnelle concrète.

VI. Le raisonnement interprétatif

Avec l'expression « raisonnement interprétatif » nous faisons référence au processus linguistique qui consiste à avancer des raisons (ou arguments) en appui de la validité, l'adéquation, la correction de la norme appliquée aux faits du cas par le juge. Ce processus correspond à la motivation en droit du jugement, aussi appelée « justification externe en droit » : il vise à justifier la prémisse normative du syllogisme juridictionnel.

La norme identifiée par le juge pour régler le cas est, comme on l'a mentionné précédemment, le résultat d'une série de choix discrétionnaires. Parmi eux il est utile de rappeler : 1/ le choix des sources du droit en vigueur, qui sont pertinentes à l'égard de la question juridique considérée (constitution, loi ordinaire, décret-loi, coutume, directive ou règlement communautaire, etc.) ; 2/ le choix des dispositions normatives applicables qui, dans un premier et rapide examen, règlent le cas (ex : l'art. 575 du code pénal italien : « celui qui cause la mort d'un homme sera condamné à une peine de réclusion de vingt-et-un ans au moins ») ; 3/ l'interprétation de cette disposition, laquelle identifie la norme qui sera applicable au cas (ex : « l'art. 575 du code pénal signifie : « celui qui cause la mort d'un être humain sera condamné

⁵⁴ Cf. J. WRÓBLEWSKI, « Legal Reasoning in Legal Interpretation », *Logique et Analyse*, Nouvelle série, vol. 12, n° 45 (mars 1969), p. 3-31. Une contribution importante à l'étude anti-formaliste du raisonnement juridique a été proposée par la tradition du réalisme juridique américain, laquelle fournit une explication de type sociologique et psychologique des techniques de justification adoptées par les tribunaux. Cf. en particulier : K.N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New York, Oceana, 1930 ; J. FRANK, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949 ; B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, première partie.

à une peine de réclusion de vingt-et-un ans au moins »); 4/ la solution d'éventuels conflits de normes, quand plus d'une norme règle le même cas de manière incompatible, ou l'incorporation d'éventuelles lacunes normatives, quand le cas n'est pas régi par une norme, ou encore l'identification d'exceptions à l'application de la norme identifiée au moyen de l'interprétation.

Pour justifier ces différents choix, le juge se prévaut de directives qui règlent l'activité interprétative. Ces directives sont de natures diverses: certaines d'entre elles sont constituées par des normes extraites de dispositions juridiques (comme par exemple les art. 12 et 14 des Dispositions préliminaires du Code civil italien); d'autres, en revanche, ont été élaborées par la science juridique, par la doctrine et par la jurisprudence; d'autres encore constituent l'expression de principes et valeurs de type moral, politique ou religieux auxquels le juge adhère. Ces directives guident le raisonnement interprétatif au sens qu'elles sont observées par le juge pour justifier le choix de la norme applicable au cas de façon à ce que celle-ci soit considérée valide, correcte ou juste par les destinataires de la décision, c'est-à-dire par les parties du procès, par les autres cours qui pourraient se prononcer sur le même cas ou des cas similaires dans le futur, par la science et la doctrine juridique, et aussi par l'opinion publique. Donc, de ce point de vue, les directives interprétatives n'expriment pas des règles idiosyncratiques qui reflètent les désirs ou états émotionnels d'un individu singulier, mais sont présumées largement partagées au sein d'une communauté juridique.

Ces directives se présentent habituellement sous la forme d'arguments interprétatifs, c'est-à-dire de raisonnements qui constituent une des prémisses. Les arguments interprétatifs sont utilisés par les juges de façons assez diverses, avec l'objectif de persuader les destinataires de la motivation de la correction du raisonnement réalisé. Le juge peut utiliser différents arguments interprétatifs, et les directives qui s'y trouvent contenues, pour justifier la même conclusion, ainsi que pour exclure des hypothèses décisionnelles alternatives. Le juge peut aussi enchaîner ses arguments, de façon à ce que l'un justifie la prémisse de l'autre, pour renforcer le fondement de la norme choisie pour régler le cas. L'usage d'arguments peut être accompagné d'évaluations de type moral, économique et social configurées de différentes manières. Ces options ont un caractère extrêmement rhétorique et dépendent du type d'auditoire auquel le juge s'adresse. Cela fait que dans la pratique juridique concrète la motivation en droit n'a pas une forme canonique, mais revêt les formulations les plus diverses, comme c'est le cas dans n'importe quel autre genre littéraire. Un modèle descriptif de raisonnement interprétatif vise toutefois à identifier les conditions nécessaires et/ou suffisantes de la justification, en faisant la lumière sur les choix discrétionnaires qui conduisent à formuler la norme utilisée pour régler le cas, et sur la manière dont ces choix peuvent être justifiés dans un contexte juridique déterminé.

Les directives interprétatives, et les arguments dans lesquels elles sont appliquées, peuvent être subdivisés en trois groupes principaux. Dans la motivation en droit, les juges appliquent avant tout *les directives de premier niveau*, lesquelles prescrivent comment doit être identifiée la signification des dispositions juridiques. Leur forme typique est la suivante :

- Il faut interpréter la disposition T en appliquant la directive interprétative DI.
- DI prescrit d’attribuer à T la signification S.
- DONC : Il faut interpréter T de façon à ce qu’il exprime la signification S.

Dans notre exemple, le raisonnement interprétatif pourrait être formulé, à la lumière de ce schéma, de la façon suivante : il faut interpréter la disposition « celui qui cause la mort d’un homme sera condamné à la prison » sur la base de la directive interprétative de l’intention du législateur historique ; avec les mots « cause la mort d’un homme » le législateur historique avait l’intention d’exprimer « cause la mort d’un être humain » ; *donc* la disposition doit être entendue comme signifiant « quiconque cause la mort d’un être humain sera condamné à la prison ». Le raisonnement qui vient d’être formulé est de type déductif : une fois ses prémisses admises, la conclusion en découle nécessairement. Néanmoins, il faut réaffirmer ce que l’on a observé à propos du syllogisme juridictionnel : le raisonnement interprétatif comporte, dans ses prémisses, les normes utilisées par le juge pour justifier sa décision. Toutefois, comme on l’a mentionné antérieurement, si l’on admet que les normes ne sont ni vraies ni fausses, il s’avère douteux que les relations entre elles puissent être de type logico-déductif. En reprenant la thèse de Kelsen, on pourrait reconnaître au raisonnement juridique un caractère « constitutif » : ses critères de correction dépendraient du pouvoir qui est exercé par celui qui le formule. Toutefois, cela empêcherait d’identifier les critères de correction de ce type de raisonnement avant qu’il ne soit concrètement formulé par le juge : circonstance qui laisserait sans fondement la prétention méthodologique qui caractérise les théories contemporaines du raisonnement juridique. Nous pourrions dire, pour éviter cette difficulté, que le raisonnement interprétatif, en dépit de ses propriétés logiques controversées, *est traité* comme un raisonnement de type déductif par la communauté des juristes et que, par conséquent, il est en mesure de justifier de façon concluante la norme choisie par le juge pour résoudre le cas.

Les directives interprétatives de premier niveau⁵⁵ peuvent se distinguer en cinq familles principales :

1. Les *directives linguistiques*, qui prescrivent d'interpréter les dispositions juridiques en utilisant les règles syntaxiques, sémantiques et pragmatiques du langage ;
2. Les *directives intentionnalistes*, qui prescrivent d'interpréter les dispositions juridiques conformément à l'intention de l'organe dont elles ont émané⁵⁶ ;
3. Les *directives systématiques*, qui prescrivent d'interpréter les dispositions juridiques de sorte à en extraire des normes compatibles et cohérentes avec d'autres normes qui appartiennent à l'ordre juridique ;
4. Les *directives d'autorité*, qui prescrivent d'attribuer aux dispositions juridiques la signification qui leur a été précédemment attribuée par des opérateurs juridiques dotés d'une autorité particulière (jurisprudence, doctrine) ;
5. Les *directives fonctionnelles*, qui prescrivent d'interpréter les dispositions juridiques de sorte à parvenir à un certain objectif.

Il faut souligner, malgré les différentes classifications auxquelles les directives interprétatives peuvent être rattachées, que chacune d'elles (on pense aux directives d'interprétation littérale, d'interprétation selon l'intention du législateur, d'interprétation systématique ou d'interprétation téléologique) peut être « construite » par les interprètes de différentes manières, donnant vie à des arguments interprétatifs qui justifient des normes différentes. Par conséquent, du point de vue théorique, il n'est pas suffisant que le juge fasse appel, explicitement ou implicitement, à une directive générique qui soit acceptée par la communauté juridique pour justifier rationnellement sa décision. Le contenu qui est reconnu à cette directive doit être précisé et justifié, ainsi que les raisons ayant motivé son application.

Cette observation introduit le rôle que jouent les *directives interprétatives de second niveau*, lesquelles règlent l'usage des directives de premier niveau, c'est-à-dire, le choix du canon interprétatif utilisé pour justifier la norme qui règle le cas. Ces directives peuvent être distinguées en deux groupes principaux : 1) Les *directives pro-*

⁵⁵ Voir V. VELLUZZI, « Argomenti interpretativi », *op. cit.*

⁵⁶ Il faut mentionner que les classes des directives linguistiques et intentionnalistes ne sont pas mutuellement excluantes : par exemple, dans la pratique argumentative concrète, c'est le cas des directives interprétatives qui renvoient à l'intention du législateur en la déduisant des règles du langage. De la même façon l'objectif de la norme qui préside à l'usage des directives fonctionnelles est parfois obtenu à partir des relations systématiques que cette norme entretient avec les autres normes du système juridique. Par conséquent, il ne s'agit pas là d'une classification conceptuelle, qui distingue des classes mutuellement excluantes et conjointement exhaustives, mais bien plus d'un exposé des usages linguistiques que l'on rencontre dans le discours juridique.

cédures, 2) les *directives de préférence*⁵⁷. Les directives procédurales déterminent l'ordre selon lequel les canons de premier niveau doivent être appliqués. La formulation d'une directive de ce type pourrait être la suivante: « attribuez à la disposition sa signification littérale; si la signification littérale est indéterminée, recourez à l'intention du législateur, si ce n'est pas suffisant pour interpréter la disposition, recourez à l'interprétation systématique ». Les directives de préférence, en revanche, justifient le choix de la norme à appliquer au cas parmi les normes que l'on peut obtenir de cette disposition à partir des directives interprétatives de premier niveau. Voici un exemple: « entre la signification que la disposition revêt à partir de la lettre de la loi et celle qui correspond à l'intention du législateur, la préférence va à la seconde ». Le choix des directives de premier et second niveau, utilisées pour justifier la prémisse majeure du syllogisme juridictionnel, dépend de la conception normative de l'interprétation à laquelle le juge adhère. Cette conception identifie les valeurs ou principes qui doivent guider l'activité interprétative dans son ensemble, desquels l'on peut extraire les directives suffisantes pour résoudre n'importe quel problème d'interprétation ou d'application que le juge peut rencontrer dans son travail. Voyons quelques exemples de conceptions normatives de l'interprétation utilisées par la jurisprudence dans les ordres juridiques contemporains:

1. *En interprétant les textes normatifs, le juge doit garantir la sécurité juridique et la stabilité de l'ordre juridique dans le temps.* Il s'agit d'une conception statique ou conservatrice du droit, qui lui attribue la fonction de neutraliser les conflits et de stabiliser les relations sociales de façon à ce que soit garantie la liberté des citoyens.
2. *En interprétant les textes normatifs, le juge doit adapter le droit à l'évolution des exigences de la société et des valeurs sociales partagées.* C'est une conception dynamique et évolutive du droit, qui lui attribue la fonction de répondre aux changements que subit la société pour, de cette façon, garantir la justice sociale.
3. *En interprétant les textes normatifs, le juge doit garantir des solutions aux controverses qui soient efficaces.* Il s'agit, dans ce cas, d'une conception instrumentale du droit, sur la base de laquelle les normes juridiques sont un moyen pour garantir un rapport optimal entre coûts et bénéfices dans un contexte socio-économique déterminé.

À la lumière de cette reconstruction théorique des différents niveaux de justification, le raisonnement interprétatif revêt, dans des circonstances typiques, la forme suivante:

- Il faut interpréter les dispositions conformément à la conception C;
- C prévoit les directives procédurales DP et les directives de préférence DF;

⁵⁷ Cf. J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, *op. cit.*, p. 91.

- Les sources du droit pertinentes à l'égard du cas sont SD ;
- La disposition normative appartenant à SD utilisée pour régler le cas est DN ;
- Il faut interpréter DN en appliquant la directive interprétative DI ;
- DI prescrit d'attribuer à DN la signification S ;
- S n'admet pas d'exception et n'est pas en conflit avec d'autres normes de l'ordre juridique.
- DONC : il faut attribuer à DN la signification S.

Il faut souligner que, dans les motivations juridictionnelles, les prémisses du raisonnement interprétatif qui viennent d'être énumérées sont rarement explicitées de manière complète. Cette reconstruction théorique met simplement en lumière les choix que le juge accomplit de fait, au moins inconsciemment, pour justifier la norme choisie pour régler le cas. Même lorsque le juge se limite à ne mentionner qu'un argument interprétatif pour motiver sa décision, les autres niveaux de justification opèrent implicitement dans le raisonnement, en conditionnant l'acceptabilité de la conclusion dans le contexte juridique de référence⁵⁸.

VII. Le raisonnement probatoire

Avec l'expression « raisonnement probatoire » nous faisons référence au processus linguistique qui consiste à émettre des raisons (ou arguments) venant appuyer la vérité, la plausibilité, la crédibilité d'un énoncé factuel : l'énoncé qui décrit les circonstances de fait sur lesquelles porte la controverse juridictionnelle. Ce processus correspond à la « motivation en fait » de la décision, qui a pour objet la prémisse mineure du syllogisme juridictionnel.

En réalité, le raisonnement probatoire s'articule en deux phases qu'il convient de distinguer :

1. Le raisonnement qui justifie la reconstruction des faits objets de la controverse (*raisonnement probatoire au sens strict*) ;
2. Le raisonnement qui justifie la qualification juridique de cette reconstruction, c'est-à-dire, l'inclusion du fait individuel dans la classe à laquelle la norme attache une circonstance juridique (*le raisonnement subsumptif*).

Le raisonnement probatoire au sens strict vise à expliquer le déroulement des faits sur la base des preuves dont le juge dispose. Au moyen de ce raisonnement, il doit reconstruire un événement incertain. Il peut s'agir d'un événement survenu dans le passé, auquel le juge n'a pas pu assister directement, ou d'un

⁵⁸ Cf. sur ce point N. MACCORMICK, *Rhetoric and The Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 29-30.

événement présent (on pense à la constatation de l'ampleur du dommage subi), ou même d'un événement futur (comme dans les situations où le juge doit déterminer quelles sont les probabilités qu'un individu développe une pathologie suite à son exposition à une certaine substance toxique). Indépendamment de la position temporelle de l'événement, le juge, pour mener à bien sa reconstruction, mobilise une série d'indices connectés entre eux pour proposer une narration plausible de ce qui est survenu, de ce qui survient ou de ce qui pourra survenir. Imaginons le cas de Daniel, retrouvé mort dans son appartement. Pour reconstruire l'événement qui a provoqué la mort de Daniel, et donc déterminer si cet événement est un cas d'infraction, le juge se servira des preuves disponibles : par exemple, des blessures par arme à feu retrouvées sur son corps, la présence dans son appartement d'un pistolet sur lequel se trouvent les empreintes digitales de Paul, des témoignages des voisins de Daniel qui ont vu Paul sortir de son appartement ce jour-là. Mais, comment s'opère cette reconstruction ?

À la différence du raisonnement interprétatif, le juge ne part pas d'une prémisse générale de type interprétatif pour arriver à la formulation d'une conclusion normative. Il part d'une série de propositions sur des faits particuliers (les preuves disponibles) pour arriver à une proposition concernant un autre fait particulier adopté comme hypothèse :

- Les faits F1, F2, F3 sont vérifiés ;
- Le fait FH explique F1, F2, F3 ;
- DONC : Le fait FH est vérifié.

Il faut souligner que ce raisonnement n'est pas de type déductif : on ne part pas de prémisses considérées vraies pour arriver à une conclusion nécessairement vraie. Nous sommes plutôt en face d'une inférence non-déductive : même lorsque les prémisses seraient réellement vraies, la conclusion pourrait être fausse. Même en admettant que Daniel est mort suite à un coup de feu, que l'on observe les empreintes digitales de Paul sur l'arme, et que Paul ait été dans la maison de Daniel le jour du crime, il est possible que Paul ne soit pas l'assassin. Quelqu'un d'autre pourrait s'être introduit dans l'appartement après la visite de Paul et avoir assassiné Daniel avec le pistolet sur lequel Paul avait laissé ses empreintes digitales. La conclusion du raisonnement est constituée par une simple hypothèse qui devra être vérifiée probatoirement. Le raisonnement qu'on vient de décrire est de type *abductif* : il part de faits particuliers, et a pour objectif de trouver la cause, c'est-à-dire, de découvrir un autre fait particulier en mesure d'expliquer les faits observés⁵⁹. Nous recourons à ce type de raisonnement dans d'innombrables situations quotidiennes :

⁵⁹ Sur le rôle et les caractéristiques du raisonnement abductif en droit cf. G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce tra scienza e diritto*, Turin, Giappichelli, 2006. Un autre type de raisonnement non-déductif important est l'induction, qui tire une règle générale de faits particuliers. Par exemple, du fait que j'ai observé un corbeau noir dans une série d'occasions particulières, j'infère que tous

quand à partir du fait de sentir une odeur de brûlé je formule l'hypothèse qu'il y a eu un incendie, ou du fait d'entendre des cris je formule l'hypothèse qu'il y a eu une dispute, ou de la présence des empreintes digitales de Paul sur l'arme je formule l'hypothèse qu'il est l'assassin. Les conclusions des raisonnements abductifs sont toutefois incertaines : leur plus ou moins grande plausibilité dépend du critère qui a été utilisé pour formuler l'hypothèse. Ce critère peut être plus ou moins rigoureux. Pour formuler une hypothèse je peux mobiliser des lois scientifiques, dont le niveau de fiabilité est très élevé : on pense au problème de la détermination de la position de l'arme qui a tiré à partir des caractéristiques de l'orifice d'entrée, ou au problème de l'établissement de la vitesse d'un véhicule à partir des marques de freinage sur l'asphalte. Une autre alternative est de recourir à des connaissances techniques spéciales, comme dans le cas de la reconstruction de la nationalité d'un suspect à partir de son accent, ou encore des « *massime di esperienza* », c'est-à-dire au savoir commun à propos d'un comportement humain (on pense à la maxime selon laquelle un motif fort fait d'un individu l'auteur probable du délit), dont le niveau de fiabilité est bien moindre⁶⁰. Il faut souligner que, de toute manière, même dans le cas où la formulation de l'hypothèse est soutenue par des critères explicatifs très rigoureux, fournis par exemple par des lois scientifiques, la conclusion du raisonnement abductif demeure incertaine. Comme nous l'avons observé, même si les prémisses desquelles part le raisonnement abductif sont vraies, la conclusion demeure probable, bien qu'elle le soit plus ou moins selon le critère de jugement adopté pour la formuler. Pour cette raison, l'hypothèse probatoire doit être, du point de vue de sa justification, confirmée par des éléments ultérieurs, de façon à ce que la conclusion du raisonnement constitue la *meilleure explication* de l'événement à la lumière de toutes les preuves disponibles. En raison de cette exigence, le raisonnement probatoire revêt la forme suivante :

- Les faits F1, F2, F3 ont été vérifiés ;
- Le fait FH explique F1, F2, F3 ;
- Le fait FH (hypothèse) est vérifié ;
- Les faits F4, F5... Fn sont cohérents avec FH ;
- DONC : Il est prouvé que FH.

Dit autrement, l'hypothèse explicative du fait doit être comparée, aux fins de sa justification, avec les autres éléments probatoires disponibles. Si la reconstruction hypothétique est cohérente avec ces derniers, au sens qu'elle n'a pas été démentie par d'autres preuves, et qu'en plus elle représente l'explication la plus plausible de l'événement à la lumière des connaissances disponibles, alors la reconstruction du fait est justifiée.

les corbeaux sont noirs. Les conclusions du raisonnement inductif aussi ne sont que probables : on pourrait ensuite observer un fait qui dément la règle générale obtenue de cette manière.

⁶⁰ Cf. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milan, Giuffrè, 1992, p. 194 et s.

Il faut signaler que le juge, dans la constatation des faits, est lié par des normes juridiques qui règlent l'acquisition et l'usage des preuves⁶¹. Même si l'objectif de l'activité probatoire dans le procès est la constatation de la vérité, c'est-à-dire dans notre exemple la découverte de ce qui est réellement survenu, dans la poursuite de cet objectif l'activité processuelle doit respecter d'autres principes et droits : il suffit de penser, dans le domaine du droit pénal, au principe de présomption d'innocence et au droit de la défense de l'accusé, qui justifient des normes sur la charge de la preuve, sur l'obligation de témoigner, et plus généralement sur les méthodes d'acquisition de données probatoires. Cela pose des limites au juge dans la recherche de la vérité. Cette circonstance a mené certains chercheurs à distinguer la vérité processuelle, résultat du raisonnement probatoire au sens strict, de la vérité tout court. Le caractère incertain des conclusions à propos des faits, et les limitations à l'usage des moyens pour leur constatation posées par l'ordre juridique, nous conduisent à considérer que la vérité processuelle est un type de vérité probable ou partielle, fruit de choix discrétionnaires réalisés par le juge et par le législateur. C'est-à-dire une vérité « autoritairement certifiée »⁶², qui est constituée par la décision d'une autorité et non par la correspondance entre la reconstruction des faits et ce qui est réellement survenu. Toutefois, même si cette affirmation éclaire un aspect important du raisonnement probatoire, le caractère incertain de ses conclusions et sa dépendance à des choix normatifs, elle n'est pas le résultat nécessaire de ce que l'on vient d'observer. La conclusion du raisonnement probatoire peut être vraie ou fausse, au sens qu'elle correspond ou non à la réalité des faits, indépendamment des moyens de preuve adoptés et de la fiabilité des hypothèses discutées. Par conséquent, du point de vue de la justification, l'objectif du raisonnement probatoire peut toujours être la constatation de la vérité, même si la connaissance de cette dernière s'avère incertaine la plupart du temps. Considérer que l'incertitude et les limites à la connaissance de la vérité dans le procès imposent de renoncer à sa recherche, en faveur d'assertion de type autoritaire ou conventionnelle, affaiblit la prétention de justification du raisonnement probatoire, rendant ses conclusions totalement fongibles.

Finalement, le raisonnement subsumptif a pour objectif de justifier la subsumption du fait sous la norme. Sa forme typique est la suivante :

- FH présente les caractéristiques p1, p2, p3... pn;
- Les cas réglés par la norme N présentent les caractéristiques p1, p2, p3... pn;
- DONC: FH est réglé par N.

⁶¹ Cf. J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologne, Il Mulino, 2004, p. 65 et s.

⁶² Z. BANKOWSKI, « The Value of Truth », *Legal Studies*, vol. 1, 1981, p. 257 et s.

Dans notre exemple, imaginons qu'il est prouvé que Paul (caractéristique p1 du cas) a causé la mort (p2) de Daniel (p3) à Rome (p4) le 3 mars 2012 (p5). En admettant que la norme choisie comme prémisse majeure du syllogisme juridictionnel attribue une conséquence juridique déterminée à la classe des cas dans lesquels un individu (p1) cause la mort (p2) d'un autre être humain (p3), il s'ensuit que la conduite de Paul se subsume sous la norme en tant qu'elle relève de la classe réglementée. Le raisonnement subsumptif conduit, en ce sens, à formuler la prémisse mineure du syllogisme juridictionnel. Il s'agit d'une étape cruciale dans l'économie du raisonnement juridique : la justification de l'application de la norme au cas en dépend. Le raisonnement subsumptif a pour fonction de connecter la justification en droit avec la justification en fait du jugement, c'est-à-dire, les prémisses du syllogisme juridictionnel. Sa structure typique, de plus, est de type déductif : une fois les prémisses données, la conclusion s'ensuit nécessairement. Toutefois, ces prémisses constituent le résultat des choix discrétionnaires réalisés par le juge en matières interprétative et probatoire. Les caractéristiques distinctives du fait dépendent de l'hypothèse formulée et des éléments probatoires considérés. Les caractéristiques distinctives de la classe de faits abstraite dépendent, à leur tour, de l'interprétation de la disposition normative et par conséquent de la signification attribuée à cette dernière. Bien que l'identification de ces deux ensembles de caractéristiques puisse être considérée, du point de vue analytique, comme le résultat de deux processus inférentiels indépendants, ces processus, dans la pratique juridique concrète, sont étroitement liés. La recherche des caractéristiques pertinentes du fait est conditionnée par la norme choisie pour le régler ; le choix de la norme dépend, à l'inverse, des circonstances de fait qui constituent l'objet du procès. S'il n'en était pas ainsi, la subsumption du cas sous la norme s'avérerait hautement problématique, à la lumière du nombre infini de caractéristiques que la description d'un fait et la signification d'une norme peuvent dénoter dans le monde. Par conséquent, la subsumption du fait sous la norme ne constitue pas une opération mécanique comme semblerait le suggérer sa forme logique. Y sont simplement synthésés les choix discrétionnaires réalisés dans d'autres phases du raisonnement et leurs justifications.

CONCLUSION

Au début de ce texte, nous avons précisé de quelle manière la théorie du raisonnement juridique a essayé d'expliquer, traditionnellement, les conditions auxquelles le jugement du juge se trouve justifié dans un certain contexte juridique, afin de garantir que le pouvoir judiciaire soit exercé conformément au droit. La théorie contemporaine du raisonnement juridique est-elle en mesure d'accomplir cette tâche ?

La recherche dans ce champ d'étude a réalisé, à partir de la seconde moitié du siècle dernier, des progrès très importants. Les théoriciens du raisonnement juridique ont mis en évidence que la justification de la décision juridictionnelle est un processus complexe et articulé, qui implique un nombre très élevé de prémisses tant de type normatif que de type factuel, reliées entre elles par des chaînes inférentielles qui ne sont qu'en partie assimilables aux règles de la logique classique. Cela s'explique du fait que la motivation du jugement dépend de nombreux choix discrétionnaires de la part du juge, choix qui sont souvent occultés dans le raisonnement ou présentés de façon telle qu'ils suscitent l'adhésion de l'auditoire indépendamment de la correction logique du chemin suivi pour les justifier. Par conséquent, dans la construction d'un modèle de justification du jugement, le théoricien du droit est appelé à identifier ces choix, le type de justification dont ils sont susceptibles à la lumière de leurs caractéristiques particulières, de la structure de l'ordre juridique, des concepts élaborés par la science juridique et par la doctrine, des règles inférentielles acceptées dans une certaine communauté juridique. De ce point de vue, comme l'a observé Wróblewski, tant les contributions des conceptions anti-formalistes que celles des théories analytiques s'avèrent utiles, pourvu que le chercheur ait la précaution de distinguer les différents types de discours que formulent ces approches. Considérant la complexité qui caractérise la justification rationnelle du jugement et les larges espaces de discrétion dont le juge dispose, la théorie du raisonnement juridique est-elle réellement en mesure de soumettre à un contrôle les décisions juridictionnelles⁶³ ?

Il faut souligner tout de suite, pour lever le doute, que la théorie du raisonnement juridique n'a pas la prétention de fournir une méthode pour identifier l'unique solution correcte du cas – même en admettant, par amour de la discussion, qu'une solution de ce type puisse réellement exister. Elle se contente d'élaborer des instruments utiles pour constater si la justification de la décision est correcte. Par conséquent, quel type de contrôle ces instruments théoriques permettent-ils d'exercer ?

⁶³ Pour une discussion lucide de ce problème, cf. L. GIANFORMAGGIO, « Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico », in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Turin, Giappichelli, 2008, p. 94-96.

Il s'agit, en premier lieu, de réaliser un contrôle *interne* de la motivation. Une fois que les prémisses décisionnelles, dans leurs différents niveaux de développement, ont été explicitées, et que les règles inférentielles acceptées par le contexte considéré ont été identifiées, un modèle de raisonnement bien élaboré permet de déterminer si la conclusion est justifiée ou pas. Les deux étapes propédeutiques cruciales de ce type de contrôle consistent à rendre explicite ce qui est implicite dans les termes de la motivation, en mettant en évidence les présupposés non-dits du raisonnement, et à identifier les règles des inférences utilisées, en décrivant leurs caractéristiques logiques et/ou rhétoriques particulières.

En second lieu, cela permet de réaliser un contrôle *externe* de la motivation. Comme nous venons de le mentionner, l'analyse du raisonnement juridique permet de faire la lumière sur les prémisses implicites de la motivation, et donc sur les choix que le juge réalise indépendamment de ce qu'il y a explicitement déclaré. Dans le même temps, cette analyse montre si la conclusion proposée par le juge découle nécessairement de ces prémisses ou si cette conclusion n'est que possible, probable, acceptable ou souhaitable, ou privée d'un support rationnel quel qu'il soit. De cette manière, les prémisses de la décision, et le raisonnement exposé pour la justifier, sont soumis au jugement de leurs destinataires ainsi qu'à la société dans son ensemble. Par conséquent, de ce point de vue, la théorie du raisonnement juridique réalise la promesse de jouer une fonction critique, bien que dans les limites indiquées, à l'égard de l'exercice des pouvoirs institutionnels⁶⁴.

⁶⁴ Traduction d'Éloi Barbier, revue par Eric Millard et Damiano Canale. Cette traduction est issue du travail de mémoire d'Éloi Barbier, réalisé sous la direction d'Éric Millard, dans le cadre du Master 2 Théorie et Analyse du Droit à l'Université Paris Nanterre au cours de l'année 2018-2019.