

LES AVANTAGES DU PRAGMATISME JURIDIQUE

SIMON FOUQUET

Partant des débats concernant l'hégémonie d'un pragmatisme devenu banal dans la pratique et la théorie juridiques américaines, cet article entend réaffirmer, tout en le présentant, ce que l'on peut considérer comme l'avantage du pragmatisme juridique, à savoir sa pensée de l'immanence du droit à la société. Cette caractéristique, qui distingue le juspragmatisme aussi bien du juspositivisme que du jusnaturalisme, se trouve ici reconstruite dans les écrits des premiers juristes pragmatistes, avant d'être prolongée dans ce qui paraît constituer un avantage supplémentaire de cette théorie du droit, à savoir sa conception originale, car sociale, de la démocratie au sens juridique. Critique de l'autonomie du droit à l'égard de la société aussi bien que de la déduction purement morale du juridique, le pragmatisme juridique gagnerait enfin à être mobilisé en contexte français, afin d'éclairer certaines pratiques jurisprudentielles dans le domaine du droit social.

MOTS-CLEFS: PRAGMATISME; PHILOSOPHIE DU DROIT; DEWEY; POUND; EXPÉRIMENTALISME DÉMOCRATIQUE; DROIT SOCIAL.

* Simon Fouquet est doctorant au Centre de Recherches en Histoire des Idées (CRHI), Université Côte d'Azur, et ATER à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne [simon.fouquet@univ-cotedazur.fr].

INTRODUCTION

Doit-on voir, dans la récente et vivement discutée remise en cause de l'arrêt *Roe vs. Wade* par la Cour suprême états-unienne, la victoire d'une quelconque théorie du droit et de l'interprétation constitutionnelle, ou ne s'agit-il que d'un programme politique appliqué au droit et se parant fallacieusement d'attributs doctrinaux dévoyés ? Si les revendications « originalistes » d'un Clarence Thomas incitent à première vue à privilégier la première branche de l'alternative, la situation se complique dès lors que l'on se souvient qu'en 2010, dans son audition devant la Sénat préalable à la confirmation de sa nomination à la Cour suprême, la juriste progressiste Elena Kagan, dissidente dans cette décision récente, affirmait quant à elle : « Nous sommes tous originalistes¹. » L'originalisme devrait ainsi, plus que comme une doctrine unique, conservatrice et donc victorieuse, être considéré comme « un ensemble disparate de théories souvent peu compatibles entre elles » (Carpentier, 2016 : 748). On y reviendra, mais tirons-en dès à présent un enseignement qui vaut – ou valait – également pour le pragmatisme juridique en tant que théorie constitutionnelle : l'hégémonie apparente d'une théorie juridique va de pair avec une hétérogénéité croissante de ses contenus, et appelle donc de la part de l'observateur non seulement une certaine circonspection, mais également un travail de clarification et de précision à la fois conceptuelle et historique. C'est ce travail que l'on se propose de faire dans ce qui suit à propos du pragmatisme juridique, en partant, donc, d'une situation hégémonique – et donc hétérogène – analogue au seuil des années 1990.

Ainsi, dans un article de 1989 au titre programmatique, « The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice », Richard Rorty écrivait, en référence aux vues exprimées par le juriste Thomas Grey : « Je crois qu'il est vrai que désormais, le pragmatisme est banal dans son application au droit. » (Rorty, 1989 : 1811). Surprenante à première vue de la part de l'un des représentants les plus illustres du pragmatisme contemporain, cette affirmation implique deux jugements

sur le pragmatisme juridique, en réalité. Premièrement, il s'agit pour Rorty de constater quelque chose comme une victoire de la méthode pragmatiste appliquée au droit : la banalité du pragmatisme juridique est ici synonyme d'hégémonie, comme il l'indique dans les lignes suivantes de son article. Plus précisément, le pragmatisme appliqué au droit désigne, pour Rorty, un rejet du formalisme dans le raisonnement et l'interprétation du juge, rejet dont il constate ainsi la généralisation en contexte états-unien. Mais il y a quelque chose d'autre qui doit attirer notre attention dans cette affirmation de banalité : ce « désormais (*by now*) », cette clause temporelle qui suggère que le pragmatisme juridique n'a pas toujours occupé cette position hégémonique. Le pragmatisme aurait ainsi contribué à cette « révolte contre le formalisme » (White, 1947 : 131) dans la pensée juridique américaine, avant de s'imposer comme pensée dominante. Ainsi est-ce selon une trajectoire dans laquelle l'originalité critique laisse progressivement place à la banalité hégémonique que Rorty nous invite à aborder le pragmatisme juridique dans son développement historique.

Une telle construction, cependant, s'appuie sur une interprétation contestable, et contestée, de ce que l'on entend par pragmatisme juridique. Dans la même ligne que Rorty, un autre des représentants de premier plan du pragmatisme juridique contemporain, Richard Posner, en propose une compréhension que l'on peut dire minimale, sinon restrictive, comme en témoigne cet extrait d'un article de 1990 :

Tout ce qu'une théorie pragmatiste du droit connote réellement – et elle le faisait en 1897 ou 1921 autant qu'elle le fait aujourd'hui – est le rejet d'un concept du droit fondé dans des principes permanents et réalisé à travers les manipulations logiques de ces principes, ainsi que la résolution d'user du droit en tant qu'instrument en vue de fins sociales. Elle signale une attitude, une orientation, parfois un changement de direction. Elle dégage le sous-bois ; elle ne plante pas la forêt. (Posner, 1990 : 1670)

Posner ajoute ici à l'anti-formalisme une seconde caractéristique définitionnelle, cette fois-ci positive, du pragmatisme juridique : ce dernier conçoit le droit comme un instrument, ou un moyen, en vue de « fins sociales », c'est-à-dire en vue de ce que des auteurs fondateurs de ce courant, comme Oliver W. Holmes ou Roscoe Pound, ont pu appeler le « *social welfare* ». Compris comme un anti-formalisme et un instrumentalisme, le pragmatisme juridique aurait aujourd'hui perdu sa pointe critique au vu d'une pratique juridictionnelle globalement acquise à ses partis pris. Autrement dit, l'avantage que pouvait avoir le pragmatisme juridique sur d'autres théories et pratiques interprétatives du droit, comme la méthode logique ou la méthode historique, se serait changé en victoire avec le temps. La conséquence en serait alors que le pragmatisme ne serait plus une philosophie intéressante pour la science du droit qui en aurait déjà incorporé les principaux acquis.

On le voit, le jugement sur la pertinence actuelle du pragmatisme en tant que philosophie du droit est solidaire d'une interprétation à la fois historique et conceptuelle de son contenu. Contre les positions de Rorty et Posner, un certain nombre d'auteurs cherchent à réhabiliter la puissance critique du pragmatisme juridique comme philosophie du droit qui, dans son application, marquerait bien une différence avec les usages jurisprudentiels actuels. Ces auteurs s'appuient souvent sur une réinterprétation du contenu du pragmatisme juridique, procédant à un enrichissement substantiel des lignes de force de ce qui pourrait être une théorie pragmatiste du droit. Car avant même de statuer sur le contenu d'une telle théorie, la question primordiale semble être celle de savoir si le pragmatisme, étant donné sa critique philosophique de tout essentialisme et le lien indissoluble qu'il établit entre théorie et pratique, a réellement la capacité et la vocation à fonder une véritable *théorie*. Autrement dit, la controverse demeure vive quant à savoir si le pragmatisme a autre chose à offrir au droit, pour reprendre les termes de Posner, qu'une attitude critique envers toute forme de réification des concepts juridiques.

L'alternative peut ainsi être reformulée en ces termes : l'avantage du pragmatisme sur les théories positivistes ou jusnaturalistes du droit consiste-t-il en un rejet de l'idée même de théorie du droit, ou bien le pragmatisme offre-t-il une théorie de rechange et préférable aux courants susmentionnés ? On aura l'occasion de le constater, la réponse à cette question dépend en grande partie du contenu que l'on donne au pragmatisme juridique et, corrélativement, aux figures fondatrices du pragmatisme que l'on choisit de mettre en avant dans son argumentation.

Le point de vue soutenu dans cet article sera le suivant : le pragmatisme juridique a présenté et présente toujours un avantage par rapport aux théories positivistes ou jusnaturalistes du droit, que ce soit en un sens descriptif ou en un sens normatif. D'un point de vue descriptif, le pragmatisme juridique offre une théorie sociale de l'évolution juridique qui a l'avantage de ne recourir à aucun présupposé essentialiste sur la nature du droit. D'un point de vue normatif, le pragmatisme juridique a le mérite d'assigner au droit une fonction dynamique et active dans la transformation de la société, notamment dans une visée démocratique. En un mot, le pragmatisme juridique nous semble être une théorie du droit particulièrement pertinente, à la fois en tant que théorie de l'évolution juridique et comme théorie de la transformation de la société.

Dans ce qui suit, il s'agira donc de défendre l'idée qu'outre sa fécondité critique, le pragmatisme, dans ses applications juridiques du tournant des XIX^e et XX^e siècles, a débouché sur une véritable théorie du droit. Entre autres caractéristiques définitionnelles, on essaiera de montrer que la spécificité la plus marquante d'une telle théorie a consisté en la réintégration, aussi bien descriptive que normative, de la pratique et du système juridiques dans le mouvement d'évolution de la société. Cette spécificité, à son tour, est ce qui marque à nos yeux l'avantage de la théorie pragmatiste du droit sur les deux paradigmes alors dominants, le positivisme juridique d'une part, le jusnaturalisme de l'autre (I). Sur le fondement de cette reconstruction

du pragmatisme juridique à ses origines, on essaiera ensuite de montrer que cette théorie du droit demeure non seulement pertinente, mais également *la plus pertinente*, dans un horizon de démocratisation des institutions et de la société. On s'appuiera ici notamment sur le courant américain de l'expérimentalisme démocratique, lequel se fonde sur le pragmatisme philosophique pour proposer une réinterprétation de la constitution américaine ainsi qu'une refonte des institutions politiques (II). Enfin, dans un propos conclusif, il s'agira de suggérer que le pragmatisme juridique, outre sa pertinence pour le contexte anglo-américain de la *common law*, peut également conserver ces avantages si on le mobilise pour décrire, interpréter et critiquer les pratiques juridiques continentales. On cherchera à le montrer à partir d'exemples jurisprudentiels français issus du domaine du droit social (III).

L'AVANTAGE PRAGMATISTE À SES ORIGINES : UNE APPROCHE SOCIALE DU DROIT

CRISE DU DROIT AUX ÉTATS-UNIS AU TOURNANT DES XIX^e ET XX^e SIÈCLES

Afin de bien saisir les origines sociojuridiques critiques dans lesquelles le pragmatisme juridique américain a trouvé ses premières formulations, on peut partir d'un cas précis et emblématique dans ce que nous suggérons d'appréhender comme une crise sociale du droit, aux États-Unis au tournant des XIX^e et XX^e siècles. Devant la multiplication des conflits industriels et ouvriers, notamment dans le secteur ferroviaire, le Congrès américain vote, en 1898, l'*Erdman Act*, lequel entend favoriser les résolutions négociées de ces derniers en interdisant les entraves patronales à la syndicalisation. À cet égard, la disposition la plus emblématique est la prohibition des « *yellow-dog contracts* », ces contrats de travail interdisant aux employés d'adhérer à un syndicat sous peine de rupture.

Mais en 1908, la Cour suprême, dans son arrêt *Adair v. United States*, déclare cette loi inconstitutionnelle au motif qu'elle représente une « interférence arbitraire avec la liberté contractuelle, ce que nul gouvernement ne peut légalement justifier dans un pays libre² ». Cette décision et cette justification vont être interprétées par le juriste Roscoe Pound, non pas tant comme un signe de la collusion objective entre juges et élites économiques, que comme le symptôme d'une crise du droit, comme la preuve de la nécessité d'un changement dans la logique jurisprudentielle. La crise consiste en une cécité sociale devenue coupable de la part des juges, lesquels privilégient des principes individualistes abstraits, au mépris non seulement des expressions législatives de la souveraineté populaire, mais également de la réalité sociale, en l'occurrence des rapports inégalitaires existants entre un employeur et un employé.

C'est alors l'occasion pour Pound d'esquisser une histoire de l'évolution de la pensée jurisprudentielle, histoire qui doit aboutir à un changement qu'il appelle de ses vœux. Ce qui nous intéresse au premier chef, c'est la manière dont il va mener une critique des différentes écoles jurisprudentielles afin de défendre ce qu'il appelle une « théorie sociologique du droit (*sociological jurisprudence*)³ », et qu'il assimile explicitement au « pragmatisme en tant que philosophie du droit » (Pound, 1909 : 464). Parmi ses cibles critiques, Pound distingue l'école analytique, l'école historique et l'école philosophique. Toutes se rejoignent doublement dans leur « confiance mal placée dans l'utilisation de la déduction logique », ainsi que dans leur engagement en faveur de « principes juridiques individualistes sans égard aux fins du droit ou aux exigences de justice dans des cas concrets » (Pound *in* Rabban, 2015 : 118). Autrement dit, quelles que soient leurs différences, ces écoles débouchent toutes sur le même défaut, selon Pound, à savoir cette combinaison d'individualisme et de formalisme qui les rend aveugles à une réalité sociale faisant désormais la part belle aux groupes et collectifs sociaux. C'est ce que Pound appelle, en regroupant ces trois écoles, la « théorie mécanique du droit » (Pound, 1908 : 605).

Au-delà de cette critique matricielle, ces trois écoles se distinguent tout de même dans leurs défauts respectifs :

la théorie analytique du droit « poursuit une étude comparative des objectifs, des méthodes et des idées communs aux systèmes de droit développés ». Elle considère le droit comme quelque chose de consciemment fait, un point de vue exprimé de la manière la plus crue et la plus dogmatique dans la célèbre affirmation d'Austin selon laquelle le droit est un commandement. Elle souligne le rôle de la force dans l'efficacité du droit et considère la loi comme le droit type. Son orientation philosophique est typiquement utilitaire ou téléologique. La théorie historique du droit se concentre sur le passé juridique plutôt que sur le présent. Elle considère le droit comme quelque chose qui échappe au contrôle conscient, souligne que la pression sociale est la sanction des règles juridiques, traite le droit comme une coutume et a des vues philosophiques hégéliennes. La théorie philosophique du droit s'intéresse à l'avenir idéal du droit. Elle examine les fondements éthiques et moraux des règles juridiques plutôt que leurs sanctions. Comme la théorie historique, et contrairement à la théorie analytique, elle considère le droit comme trouvé, non pas fait, mais elle s'intéresse davantage que la théorie historique à l'énoncé définitif et formel des principes qu'elle trouve. (Pound, 1909 : 457)

À partir de ces considérations, on peut penser que ce que Pound nomme ici écoles analytique, historique et philosophique désigne tout aussi bien, respectivement, les courants « juspositivistes », « jushistoricistes » et « jusnaturalistes ». Concernant le juspositivisme, la critique centrale que lui adresse Pound tient à sa pensée de l'autonomie du droit non pas tant à l'égard de la morale que vis-à-vis de la société, autrement dit à sa stricte séparation entre droit et fait. Dans le cas de la liberté contractuelle, une telle orientation conduit à une appréciation purement juridique de la question de la compatibilité entre l'*Erdman Act* et la Constitution américaine, en

l'occurrence le 5^e amendement. L'inconstitutionnalité de la loi s'impose alors comme la décision logique, sans égard à l'inégalité factuelle des contractants. Quant au point de vue jusnaturaliste, maintenant, la critique de Pound dénonce la réification de principes juridiques anhistoriques et pleinement détachés de l'évolution de la société. La liberté contractuelle se voit ainsi réaffirmée comme principe fondamental alors qu'elle n'était qu'un instrument adapté à la société anglaise du passé, désireuse de s'affranchir du pouvoir royal (*ibid.*). Autrement dit, le point de vue jusnaturaliste conduit à une répétition aveugle de principes pourtant situés historiquement, au détriment d'un usage dynamique et social du droit. Enfin, le point de vue jushistoriciste, parfaitement illustré selon Pound par Savigny, partage la rigidité de la précédente perspective, tout en ne recourant pas à la même instance fondationnelle : l'histoire fait autorité plutôt que la nature, pour le dire brièvement. La liberté contractuelle, en l'occurrence, s'est imposée dans l'histoire comme principe fondamental, et elle ne doit pas souffrir de restriction.

Ainsi pourrait-on résumer la perspective, finalement commune, de ces trois courants différents sur un sujet comme celui de la liberté contractuelle et de sa conflictualité avec la législation sociale. À ces écoles, Pound va chercher à substituer une autre, qu'il nomme « théorie sociologique du droit », et qu'il définit par son pragmatisme, ainsi qu'il l'écrit dans « Liberty of Contract » :

Le mouvement sociologique dans la théorie du droit, le mouvement pour le pragmatisme en tant que philosophie du droit, le mouvement pour l'ajustement des principes et des doctrines aux conditions humaines qu'ils doivent régir plutôt qu'à de supposés premiers principes, le mouvement pour mettre le facteur humain à la place centrale et reléguer la logique à sa véritable position en tant qu'instrument. (*Ibid.* : 464)

La théorie sociologique du droit et le pragmatisme juridique partageraient ainsi leur anti-formalisme et leur aversion aux principes

fixés une fois pour toutes. Au-delà de cette caractérisation négative, il nous faut, à présent, esquisser avec plus de précision les contours d'une véritable « théorie pragmatiste du droit », ou, pour le dire autrement, d'un véritable « juspragmatisme » (Barraud, 2017: 7).

QU'EST-CE QUE LE JUSPRAGMATISME ? QUATRE CARACTÉRISTIQUES ET UNE ÉTUDE DE CAS

Dans un article de 1998, Thomas C. Grey résumait ainsi les grandes orientations théoriques portées par le pragmatisme sur le droit :

Le droit est contextuel : il est ancré dans la pratique et la coutume, et tire sa substance des modèles existants de comportement et d'interaction humaine. À un degré égal, le droit est instrumental, destiné à faire progresser le bien humain de ceux qu'il sert, et donc sujet à une alternance à cette fin. Le droit ainsi conçu est un ensemble de mesures pratiques pour une vie sociale coopérative, utilisant des signaux et des sanctions pour guider et canaliser la conduite. Des théories générales plus précises et plus déterminées sur la nature et la fonction du droit doivent être considérées avec suspicion. (Grey, 1998 : 41-42)

Ces orientations, Brian Butler les résume sous les quatre chefs suivants : contextualisme, anti-fondationnalisme, instrumentalisme, perspectivisme (Butler, 2002). On voudrait à présent, à la suite de l'article de Butler, préciser ces mots d'ordre en les appliquant à un cas précis et emblématique, à savoir l'arrêt *Lochner v. New York* de la Cour suprême en 1905, emblématique de la jurisprudence de l'époque sur la question de la liberté contractuelle, une fois encore. Un rappel des faits, tout d'abord : par cet arrêt, la Cour suprême déclarait inconstitutionnelle une loi de l'État de New York limitant le travail journalier des boulangers à dix heures, et leur travail hebdomadaire à soixante heures. La Cour fondait son jugement d'inconstitutionnalité sur la liberté contractuelle, au nom du 14^e amendement.

Le contextualisme, ici, signifie que les normes juridiques doivent être interprétées non pas comme des principes anhistoriques et définitifs, mais comme des normes prenant leur sens dans des contextes socio-historiques spécifiques. Il signale avant tout une attitude critique, une méthode que l'on pourrait qualifier d'historique et qui vise à user de « l'analyse historique pour démontrer que ces concepts abstraits ont une origine terrestre dans un contexte spécifique, qu'ils dérivent de besoins particuliers et contingents, et qu'il est fréquent qu'ils soient basés sur des erreurs » (Tamanaha, 1996 : 315). Dans le cas de la liberté contractuelle, on est renvoyé à l'analyse de Pound qui la situait dans le contexte de l'affranchissement anglais à l'égard du pouvoir royal aux XVII^e et XVIII^e siècles ; ainsi est-il fallacieux, dans cette perspective, d'invoquer la liberté contractuelle pour justifier le pouvoir patronal en ce qui concerne l'imposition des conditions de travail. Dans un article de 1921, Dewey reprenait lui aussi ce paradigme de la liberté contractuelle pour illustrer son idée selon laquelle « les règles légales générales et les principes sont des hypothèses de travail qui demandent à être testées par la manière dont elles opèrent lorsqu'elles s'appliquent à des situations concrètes » :

Le mouvement d'émancipation s'exprima dans des principes sur la liberté d'usage de la propriété et la liberté de contrat faisant l'objet d'une masse de dispositions légales. Mais la logique absolutiste des formes rigides du syllogisme a contaminé ces idées. On ne tarda pas à oublier qu'elles étaient liées à l'analyse de situations existantes, destinées à garantir des méthodes ordonnées au nom du bien-être économique et social. Ces principes devinrent ainsi à leur tour suffisamment rigides pour se transformer en un obstacle social aussi important que les lois féodales « immuables » l'avaient été en leur temps. (Dewey, 2018 : 221-222)

Notons également que pour Dewey, comme cela affleure dans ce passage, il n'y a pas d'opposition stricte entre méthode logique et méthode sociologique comme cela pouvait être le cas chez Pound, mais bien plutôt une reconception de la première comme schématisation

des procédures d'enquête propres à la seconde. On retrouve chez l'un comme chez l'autre, cela dit, cette perspective contextualiste et historiciste venant expliquer la rigidification de certaines règles et principes légaux.

Quant à l'anti-fondationnalisme, on l'a déjà abordé avec la critique des principes présente chez Pound et Dewey, laquelle va de pair avec leur critique du formalisme déductif. Dans notre cas plus précis, c'est le rapport à la Constitution qui s'en trouve modifié : loin de considérer le texte constitutionnel comme une somme de principes intangibles et sacrés, le pragmatisme juridique enjoint de considérer celui-ci comme un projet nécessairement ouvert à l'interprétation et à la modification. Dans ce cadre, l'opposition entre opinion majoritaire et opinion minoritaire dans le cas *Lochner* devient une opposition entre une position originaliste ou « textualiste », privilégiant une lecture et une application littérales de la Constitution, et une position pragmatiste, ouverte à la révision et à l'évolution (Mastor, 2015 : 265). Une telle opposition, outre l'actualité qu'elle endosse et que l'on a rappelée au seuil de nos analyses, mérite d'être quelque peu approfondie, et ce pour deux raisons. La première est d'ordre simplement doxographique : si nombre d'auteurs se rangent derrière cette vision oppositionnelle des rapports entre originalisme et pragmatisme, justifiée notamment par une valorisation inverse des origines et des conséquences, cette opposition n'est pas unanimement reconnue entre les deux courants. Il existe en effet ce que certains auteurs appellent une défense pragmatique de l'originalisme, « ce qui signifie, qu'il doit être défendu pour la raison qu'il produira de bonnes conséquences » (Sunstein, 2018 : 1671). Pour notre part, nous nous rangerons plus volontiers derrière l'idée d'une opposition entre les deux courants, en vertu notamment du fait que « le pragmatisme consiste à être attentif aux conséquences, ce qui à son tour exige un travail d'observation et de mesure » (Law & McGowan, 2007 : 101). La deuxième raison, plus substantielle, de s'arrêter sur cette opposition entre originalisme et pragmatisme tient à ce qui nous paraît les différencier le plus intimement, à savoir leur rapport à l'histoire.

S'il convient de ne pas assimiler trop rapidement toute forme d'originalisme à un rapport servile à une vision historique réifiée⁴, ce courant se fonde tout de même sur une focalisation sur l'intention des rédacteurs de la Constitution, ou sur le contexte de compréhension propre au moment constituant, autrement dit sur un moment historique singularisé et déterminant. Le rapport du pragmatisme à l'histoire est bien plutôt un rapport ouvert, et si le pragmatisme juridique peut être dit historiciste, c'est uniquement au sens où il accorde une grande importance aux processus de changements à l'œuvre dans la société et qui doivent se retranscrire dans l'interprétation juridique. Ainsi l'anti-fondationalisme propre au pragmatisme nous semble-t-il devoir être résolument distingué de tout courant originaliste.

L'instrumentalisme doit lui se comprendre comme un primat accordé aux conséquences lors de l'interprétation et la décision judiciaires. On privilégiera ainsi, à des considérations de sécurité juridique par exemple, le bienfait social que représente la loi de l'État de New York limitant la durée du travail des boulangers. On considèrera également que la liberté contractuelle se définit moins par son hypothétique essence de liberté fondamentale que par les conséquences que ce principe juridique produit, en l'occurrence la validation d'une inégalité contractuelle patente. Bien qu'il use du terme de fonction plutôt que de celui d'instrument, c'est bien cette idée que Dewey exprime dans un article de 1941 : « Pour la conception présentée ici, la règle se trouve dans les conséquences, dans la *fonction* de ce qui se produit socialement. » (Dewey, 2018 : 576). De manière encore plus précise, notons que cette question de l'inégalité des contractants et de la nécessité d'y remédier par le droit est l'occasion de développements circonstanciés dans l'*Éthique* de Dewey, traduisant là encore la même perspective instrumentaliste ou conséquentialiste : « La protection la plus sûre contre l'injustice dans un régime capitaliste consiste à établir des conditions de négociation qui garantissent l'équilibre des forces en présence », écrivent ainsi les auteurs en défense de la négociation collective, de son renforcement et de sa généralisation (Dewey & Tufts, 2021 : 468).

Enfin, le perspectivisme insiste une nouvelle fois sur la non-fixité et sur la mutabilité du sens des concepts juridiques, et fonctionne comme une incitation à intégrer des faits et considérations non-juridiques – sociaux, économiques, historiques – dans le raisonnement juridictionnel. En ce sens, le perspectivisme se rapproche d'un certain éclectisme dans la poursuite de l'enquête que doivent mener les juges dans le processus décisionnel. Ce perspectivisme, ou cet éclectisme, auront alors pour conséquence majeure, dans le cas de *Lochner*, d'évaluer avec rigueur les conséquences sociales et sanitaires de la durée de travail des boulangers, ainsi que l'effectivité de leur prétendue liberté contractuelle étant donné l'état du marché du travail ou leur situation économique, par exemple.

En somme, les lignes de force du pragmatisme juridique tel qu'on l'a défini auraient conduit à une décision inverse dans le cas de l'arrêt *Lochner*. Pour s'en convaincre, on peut consulter l'opinion dissidente écrite par Holmes lui-même, laquelle dessine les perspectives pragmatistes énumérées ci-dessus :

Les propositions générales ne décident pas des cas concrets. La décision dépendra d'un jugement ou d'une intuition plus subtile que toute prémisse majeure articulée. Mais je pense que la proposition qui vient d'être énoncée, si elle est acceptée, nous mènera loin vers la fin. Toute opinion tend à devenir une loi. Je pense que le mot « liberté » du quatorzième amendement est perverti lorsqu'il est considéré comme empêchant l'issue naturelle d'une opinion dominante, à moins que l'on puisse dire qu'un homme rationnel et juste admettrait nécessairement que la loi proposée enfreindrait des principes fondamentaux tels qu'ils ont été compris par les traditions de notre peuple et notre droit. Il n'est pas nécessaire de faire des recherches pour montrer qu'une telle condamnation générale ne peut être prononcée à l'encontre de la loi qui nous est présentée. Un homme raisonnable pourrait penser qu'il s'agit d'une mesure appropriée sur le plan de la santé. Les hommes que je ne pourrais certainement

pas déclarer déraisonnables la maintiendraient comme un premier volet d'une réglementation générale des heures de travail. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de discuter de la question de savoir si, dans ce dernier aspect, il serait possible d'invoquer l'inégalité.⁵

On retrouve dans cet extrait : un certain contextualisme dans la prise en compte de la réalité sociale du travail salarié ; une position claire contre tout raisonnement fondationnaliste ou arrimé à des principes immuables ; une forme d'instrumentalisme dans les considérations sur la prévalence de la majorité ; enfin une évocation du perspectivisme à travers cette idée d'une « intuition plus subtile » devant guider le jugement.

Ces quatre caractéristiques dessinent, à coup sûr, ce que l'on peut appeler tout au moins une attitude, si ce n'est une méthode, proprement pragmatiste dans l'interprétation du droit. D'ores et déjà, on peut avancer que cette méthode se distingue, tout en leur empruntant, des trois grands courants théoriques évoqués plus haut : si l'attention au contexte rapproche le pragmatisme du jushistoricisme, le premier se détache nettement du second par ses partis pris instrumental et perspectiviste qui préviennent toute réification de l'histoire ; si l'anti-fondationnalisme pragmatiste pourrait bien aller de pair avec l'idée positiviste de l'autonomie du juridique, le perspectivisme et l'instrumentalisme mettent à mal cette clôture et distinguent ainsi le pragmatisme du positivisme ; enfin, si le perspectivisme pourrait bien ne pas être étranger au continuum entre le droit et la morale que défend le jusnaturalisme, l'anti-fondationnalisme pragmatiste sépare nettement les deux orientations.

Une fois ces caractéristiques différenciatrices énoncées, il s'agit de savoir si l'on peut considérer le pragmatisme comme une véritable théorie du droit et non comme une simple anti-théorie, empruntant et rejetant les éléments et les orientations exogènes comme bon lui semble. C'est en répondant à cette question que l'on voudrait, de

manière plus précise, défendre ce qui constitue à nos yeux l'avantage décisif du pragmatisme sur ces autres théories.

L'AVANTAGE PRAGMATISTE : LE DROIT ANCRÉ DANS LA SOCIÉTÉ

Peut-on considérer le pragmatisme comme une véritable théorie du droit ? Une première manière de répondre à cette question consisterait à chercher, dans les textes des fondateurs de ce courant, une définition particulière du droit. De ce point de vue, on peut suivre la démarche de Susan Haack qui, pour écarter les objections selon lesquelles le pragmatisme ne serait qu'une attitude critique devenue banale, ou bien une non-théorie ouverte à toutes les réappropriations, trouve dans l'un des grands textes de Holmes, « *The Path of Law* », une théorie que l'on peut rapprocher du panjuridisme :

Dans l'esprit de l'observation de Holmes selon laquelle « la plupart des différences » ne sont que des différences de degré, « lorsqu'elles sont bien analysées », je suggère d'examiner le continuum des systèmes de normes sociales, depuis les coutumes tribales et religieuses, les tabous, les règles et les sanctions jusqu'aux « ordres juridiques illégaux » des favelas décrits par Boaventura de Sousa Santos, en passant par les cas les plus centraux et paradigmatiques de systèmes juridiques passés et présents et les maillages complexes, chevauchants et parfois contradictoires des ordres juridiques fédéraux et des États ou provinces, du droit national et international. [...] et ainsi de suite ; et, plutôt que de s'attarder sur les systèmes que l'on peut qualifier de réellement, authentiquement juridiques, il explore les aspects sous lesquels ils se ressemblent et ceux sous lesquels ils diffèrent. Il est certain que ce serait une tâche difficile, mais je pense que cela pourrait nous dire tout ce que nous avons vraiment besoin de savoir, sans nous enfermer dans une impasse métaphysique comme le fait la vieille question essentialiste « Qu'est-ce que le droit ? » (Haack, 2012 : 19)

En ce sens, le pragmatisme juridique privilégierait une approche graduelle de la juridicité, que l'on peut tout aussi bien décrire comme une approche sociale dans la mesure où l'on ne se prononce pas d'emblée sur l'essence et les frontières du juridique, comme l'indique également Boris Barraud :

Les théories pragmatiques définiraient le droit principalement à travers le critère de l'effectivité : seraient juridiques et donc dignes d'être analysées par les scientifiques du droit *les normes et institutions qui produisent concrètement des effets de régulation*, quelles que soient leurs origines et leur éventuelle validité. (Barraud, 2017 : 34)

Ainsi, et en droite ligne avec la théorie pragmatiste conséquentialiste des concepts, le droit se définirait-il par ses effets plus que par ses sources, par son essence ou par une procédure privilégiée d'édiction.

Plus précisément encore, on voudrait défendre que ce sont les rapports entre droit et société qui marquent la spécificité la plus remarquable du pragmatisme juridique. Pour caractériser ces rapports tels que pensés par le pragmatisme, disons que le droit est pensé comme immanent à la société, concurremment à l'autonomie du juridique à l'égard du social que partagent, finalement, le jusnaturalisme, le juspositivisme et, dans une moindre mesure, le jushistoricisme – au moins dans la version emblématique qu'a pu en offrir Savigny. Cette immanence doit s'entendre, à son tour, en plusieurs sens.

Tout d'abord, dans un registre descriptif, l'immanence est à entendre de manière historique. Contrairement à ceux qui cherchent à déterminer définitivement l'essence du droit ou des concepts juridiques – on peut penser par exemple à cette liberté dont les juges de *Lochner* prétendaient détenir la signification immuable –, le pragmatisme reconduit systématiquement les concepts, procédures et outils juridiques à leur situation d'origine, dans laquelle ils prennent sens. À un autre niveau, les pragmatistes juridiques des origines, à savoir

Holmes et Pound, proposent tous deux ce que l'on pourrait caractériser comme une théorie sociale de l'évolution juridique, ce par quoi il faut comprendre une théorie de la co-évolution de la société et du droit comme système social. La « théorie mécanique du droit » que critique Pound dans son article éponyme de 1908, par exemple, est pensée par lui comme étant un moment de dégénérescence récurrent dans la vie du droit, le moment précis où le droit s'affranchit quelque peu de sa dimension sociale pour se faire pure manipulation conceptuelle. Ce moment de séparation ne doit cependant pas aller contre cette thèse de l'immanence, puisque lui succède presque nécessairement un ré-ancrage social du droit. Ou, pour le dire avec des termes plus sociologiques : cette séparation momentanée a « le statut d'élément *dynamique* de la transformation des formes juridiques. Il n'y a de théorie sociologique du droit, qu'en considération d'une *évolution* parallèle du droit et de la société. » (Lascoumes & Serverin, 1986 : 102). Ainsi la proclamation et la mise en avant des droits individuels fondamentaux, par exemple, doit-elle être comprise comme une stratégie efficace dans un certain contexte, et non comme la découverte d'une vérité anhistorique.

En un second sens, cette fois de manière normative, l'immanence du droit à la société signifie, non plus que l'évolution sociale constitue un facteur d'évolution du droit, mais que le droit constitue lui-même un facteur de transformation de la société. L'instrumentalisme, le perspectivisme, le contextualisme, l'anti-fondationnalisme : tous ces traits caractéristiques convergent en effet vers ce que l'on peut appeler une théorie du droit comme enquête sociale. Cela signifie, premièrement, que le droit est plus orienté vers la résolution de problèmes sociaux que vers la garantie de principes, deuxièmement que le droit constitue un moyen proprement social de résolution de ces problèmes. C'est ce que Pound exprime dans un article de 1907, entre autres :

Nous devons chercher le fondement des doctrines, non pas dans la sagesse de nos ancêtres de Blackstone, non pas dans les raisons

apocryphes des débuts de la science juridique, non pas dans leur histoire, aussi utile soit-elle pour nous permettre d'apprécier les doctrines à leur juste valeur, mais dans une appréhension scientifique des relations du droit à la société et des besoins et intérêts et opinions de la société d'aujourd'hui. (Pound, 1907 : 610-611)

En somme, la théorie pragmatiste du droit nous semble bien résumée par la métaphore dont use Dewey en plusieurs endroits, dont *Le Public et ses problèmes*, mais aussi dans son article de 1941 susmentionné, pour la caractériser :

L'agencement de l'espace étant ce qu'il est, le fleuve est une forme d'énergie qui creuse sa route des niveaux les plus hauts aux niveaux les plus bas et qui, considéré comme un processus de longue durée (dans le temps comme dans l'espace), aménage et réaménage ses propres berges. Les coutumes sociales, en y incluant les institutions, les traditions, etc., sont stables et durables, comparées aux actions particulières et à la manière dont elles s'agencent pour former un processus. Elles ne sont toutefois que relativement fixes, tout comme les règlements légaux qui en sont leurs formulations consécutives. Elles subissent, tôt ou tard, plus ou moins rapidement, l'usure des processus en cours. Car si elles forment bien la *structure* des processus qui se produisent, cette structure est celle *des* processus, au sens où elles voient le jour et se constituent dans ces processus et ne pèsent pas sur eux de l'extérieur. (Dewey, 2018 : 464)

Le droit, dans la continuité des coutumes et traditions, constitue à la fois une structure interne pour les processus sociaux, et, d'un point de vue plus politique, un moyen d'agir collectivement sur un problème pour en maîtriser les conséquences non désirées qui ont, précisément, présidé à la formation d'un public. Le droit est donc propre à un Public et à son contexte social, relatif à un problème dont il se veut un instrument de résolution, étranger à tout fondement transcendant

et anhistorique, enfin ouvert à une multiplicité de matériaux dans sa détermination et son interprétation.

Pour terminer cette première partie de notre propos, on pourrait ainsi dire que la théorie pragmatiste du droit se caractérise par l'immanence de ce dernier à la société. Mais plus précisément encore, et à la lumière de la référence deweyenne, on peut dire que le droit est la médiation entre le social et le politique, et ce en deux sens. D'une part, le droit comme système social devient problème politique lorsqu'il se détache par trop de l'évolution de la société, et donc de ses attentes et valeurs. D'autre part, le droit est le moyen d'action politique par excellence d'une société réunie autour d'un problème collectif et commun.

Ainsi l'avantage pragmatiste semble-t-il tenir, dans le domaine de la théorie du droit, à ces rapports dynamiques et réciproques entre droit et société que l'on a essayé de caractériser par l'idée d'immanence, à la fois descriptivement et normativement. C'est en effet par cette idée d'immanence que paraissent pouvoir être réunis les quatre caractéristiques définitoires examinées ci-dessus, à savoir le contextualisme, l'anti-fondationalisme, l'instrumentalisme et le perspectivisme. Cette approche pragmatiste et sociale du droit, on l'a dit, se distingue tout en empruntant aux trois grands courants contre lesquels elle s'est érigée, le jusnaturalisme, le juspositivisme et le jushistoricisme.

Toutefois, la thèse développée jusqu'à présent peut paraître décevante à plusieurs égards. D'abord car elle apparaît ici comme une reconstruction surtout historique, laissant ouverte la question de savoir si le pragmatisme, au-delà du contexte critique dans lequel il s'est développé, peut conserver son avantage dans le contexte actuel. Ce doute pourrait bien, en outre, être renforcé par cette assignation du droit au contexte que défend le pragmatisme : et si ce dernier n'était que la philosophie juridique d'une époque, d'un contexte limité et révolu ?

De plus, la thèse défendue jusqu'ici peut paraître décevante en ce qu'elle s'expose peut-être à la critique suivante : certes, le pragmatisme est une théorie du droit comme instrument social et situé, mais il ne permet pas de déterminer les fins qu'il doit poursuivre. Autrement dit, et en accord avec certaines critiques adressées notamment à Pound et à son idée du droit comme « ingénierie sociale » (Di Filippo, 1988 : 496), le pragmatisme serait une théorie instrumentale du droit et non une théorie de la justice, ce que l'on paraît pourtant exiger nécessairement d'une théorie du droit d'un point de vue philosophique.

La seconde section de ce propos entend apporter des éléments de précision propres à répondre à ces deux motifs hypothétiques de déception. L'idée centrale sera que le pragmatisme juridique, solidement arrimé à la théorie politique de Dewey notamment, est une théorie proprement démocratique du droit, et plus précisément de l'expérimentation démocratique. Ainsi soutiendra-t-on, sur le terrain des théories juridiques de la démocratie cette fois, que l'avantage du pragmatisme juridique consiste en ce qu'il présente une approche sociale de la démocratie au sens juridique.

L'AVANTAGE PRAGMATISTE AUJOURD'HUI : UNE PHILOSOPHIE JURIDIQUE DE LA DÉMOCRATIE

LE PRAGMATISME JURIDIQUE, UNE BANNIÈRE SANS CONTENU ?

Comme indiqué en introduction, le paysage contemporain du pragmatisme juridique apparaît comme particulièrement fragmenté, selon la filiation historique revendiquée ainsi que le contenu substantiel reconnu ou non à ce courant de pensée juridique (Haack, 2012 : 9-10). Ce que cette dispersion idéologique laisse craindre, c'est une certaine forme de vacuité substantielle de ce qui serait alors une pure et simple anti-théorie du droit. Autrement dit, le pragmatisme conduirait à réduire le droit au statut d'instrument, le privant ainsi de

toute finalité politique, sociale ou morale déterminée. Cette critique, on peut la retrouver chez l'un des adversaires les plus réguliers du pragmatisme juridique, Ronald Dworkin :

Le pragmatisme est une conception sceptique du droit car il rejette les droits légaux authentiques et non stratégiques. Il ne rejette pas la moralité, ni même les droits moraux et politiques. Il dit que les juges doivent suivre la méthode de décision qui produira ce qu'ils croient être la meilleure communauté pour l'avenir, et bien que certains juristes pragmatistes pensent que cela signifie une communauté plus riche, plus heureuse ou plus puissante, d'autres choisissent une communauté avec moins d'incidents d'injustice, avec une meilleure tradition culturelle et ce qu'on appelle une meilleure qualité de vie. Le pragmatisme n'exclut aucune théorie sur ce qui rend une communauté meilleure. Mais il ne prend pas les droits légaux au sérieux. Il rejette ce que d'autres conceptions du droit acceptent : que des personnes puissent avoir des droits juridiques distincts qui priment sur ce qui serait autrement le meilleur avenir correctement compris. Selon le pragmatisme, ce que nous appelons les droits légaux ne sont que les serviteurs du meilleur avenir : ce sont des instruments que nous construisons à cette fin et qui n'ont aucune force ou terrain indépendant. (Dworkin, 1986 : 160)

Dans la perspective qui est celle de Dworkin, ici, ce que nous avons présenté comme l'avantage du pragmatisme, à savoir l'immanence du droit à la société – que l'on peut assimiler à ce que Dworkin désigne par le terme de communauté –, se trouve retourné contre lui-même. Dworkin assimile cette immanence sociale à un scepticisme juridique, dans la mesure où le droit ne serait pour les pragmatistes qu'un instrument au service de n'importe quelle fin sociale, comme en témoigne dans ce texte la liste hétéroclite des diverses fins que peut poursuivre un juge dans sa prise de décision. La principale critique que formule Dworkin dans cet extrait concerne l'anti-fondationalisme et l'instrumentalisme que nous avons décrits comme

définitoires du pragmatisme, lesquels vont à l'encontre de l'importance morale fondamentale des droits subjectifs tels que pensés par Dworkin.

Dans une certaine mesure, on ne peut que reconnaître la justesse des critiques de Dworkin. Pour s'en convaincre, il n'est que de voir la manière dont Posner revendique cet instrumentalisme et même un certain scepticisme quant aux éventuelles finalités politiques, sociales ou morales que l'on pourrait assigner au droit :

Je pense qu'il est tout à fait vrai que le pragmatisme, qu'il soit philosophique ou quotidien, et que le premier soit orthodoxe ou récalcitrant, n'a pas de boussole morale. Mais je ne considère pas cela comme une critique, mais comme une étape essentielle dans le recentrage de la théorie juridique et politique. Le pragmatisme nous aide à voir que le rêve d'utiliser la théorie pour guider et contraindre l'action politique, y compris judiciaire, n'est que cela – un rêve. Si l'action politique doit être contrainte, elle doit l'être par des facteurs psychologiques, professionnels et institutionnels plutôt que par une conversation menant à un consensus moral ou politique. (Posner, 2003 : 55-56)

Il apparaît nettement dans ces lignes que Posner accepte cette critique et va jusqu'à revendiquer ce scepticisme juridique. Deux éléments sont particulièrement importants ici. Tout d'abord, Posner ne se contente pas d'argumenter en faveur de l'instrumentalisme, il récuse la pertinence et la possibilité même d'arrimer le droit à des objectifs de nature morale ou éthique, si ce n'est politique⁶. En un sens, le scepticisme se trouve ici valorisé en tant que réalisme, ce qui va de pair avec la conception de la démocratie que défend Posner dans l'ouvrage. Posner s'inscrit en effet dans le courant dit réaliste de la démocratie, s'inspirant entre autres de Schumpeter et de sa conception élitiste. Dans cette construction, les juges se trouvent investis d'une mission primordiale, faisant office en quelque sorte de principe de réalité en même temps que d'instance d'ingénierie sociale.

C'est en effet à l'usage généralisé du raisonnement économique, du calcul coûts-bénéfices, pour le dire vite, que se réfère Posner lorsqu'il évoque les « facteurs psychologiques, professionnels ou institutionnels » qui doivent guider le raisonnement judiciaire.

Second élément primordial dans cet extrait de Posner : sa conception sceptique du pragmatisme se présente comme englobante, rejetant du même coup toute interprétation rivale du pragmatisme juridique. Si son pragmatisme à lui se veut « quotidien », c'est-à-dire non philosophique et conforme au sens courant du mot « pragmatique », il englobe toutefois le pragmatisme philosophique dans toutes ses versions – « orthodoxe ou récalcitrant », écrit-il – dans ce scepticisme moral et politique. Autrement dit, le pragmatisme, quelle que soit sa version, serait essentiellement sceptique quant à la valeur morale ou politique du droit. En ce sens, on peut dire que Posner propose de rapprocher sensiblement le pragmatisme juridique du positivisme, à l'opposé de la position d'un Dworkin que l'on peut qualifier de jusnaturaliste.

En somme et paradoxalement, la position de Posner se veut à la fois révisionniste et englobante. Révisionniste au sens où il offre une interprétation restrictive du pragmatisme, débarrassée de ce qu'il critique comme des utopies politiques ou morales ; englobante dans la mesure où il présente sa position comme représentative de l'ensemble du ou des courants pragmatistes.

C'est précisément ce paradoxe qu'il convient, à nos yeux, de critiquer comme un tour de force rhétorique, afin de répondre de manière plus satisfaisante à la critique formulée, entre autres, par Dworkin. Cette critique, on l'a dit, vise juste si l'on considère le pragmatisme « réaliste » de Posner ; cependant, ce dernier, contrairement à ce qu'il prétend, ne présente pas un pragmatisme consensuel et généralement accepté. Pour le dire autrement, et pour répondre à la critique de Dworkin, on peut défendre l'idée que « les vues de Posner sont problématiques non parce qu'elles sont pragmatistes, mais parce qu'elles

ne sont souvent pas suffisamment pragmatistes» (Solove & Sullivan, 2003 : 691). C'est à cette tâche que l'on voudrait à présent s'atteler, et ce en deux temps. On essaiera tout d'abord de montrer que le scepticisme moral et politique que Posner attribue au pragmatisme, bien que pointant vers un véritable dilemme auquel se confronte celui-ci, n'est ni revendiqué ni indépassable dans cette tradition de pensée. Ensuite, on défendra l'idée que le pragmatisme juridique trouve peut-être sa plus grande pertinence, en tant que théorie du droit, s'il est compris comme une théorie juridique de la démocratie, ce qui permettra de répondre à la critique portée par Dworkin.

LE PRAGMATISME COMME ARTICULATION DES MOYENS ET DES FINS JURIDIQUES : L'EXEMPLE DE *CITIZENS UNITED*

La question à laquelle la position de Posner nous confronte peut être formulée ainsi : le pragmatisme juridique n'est-il qu'une approche instrumentale du droit ? Implique-t-il l'abandon de toute réflexion et discussion sur les fins poursuivies par le médium juridique ?

Notons tout d'abord, à l'encontre des analyses de Posner, que tous les pragmatistes revendiqués ne s'accordent pas pour y répondre positivement, à l'instar de Michael Sullivan et Daniel J. Solove :

Le pragmatiste n'a pas besoin d'être un empiriste superficiel qui a quelque chose à dire sur les moyens mais rien à dire sur les fins. Le pragmatiste n'a pas besoin d'éviter les théories philosophiques ou les discussions sur les idéaux régulateurs. Loin d'être une simple méthode qui fournit peu d'indications sur nos fins normatives, le pragmatisme facilite les débats philosophiques à leur sujet de manière à éviter de faire appel à des abstractions creuses. Le pragmatisme est donc une invitation à un autre type de débat, un débat que le pragmatiste posnérien ignore. (*Ibid.* : 687)

Comment différencier une telle perspective de la position de Posner, tout en ne se rangeant pas du côté de Dworkin? En d'autres termes, comment le pragmatisme juridique peut-il être autre chose qu'une pratique juridictionnelle aveugle aux considérations éthiques et politiques, sans recourir à des justifications morales et principielles de type jusnaturaliste? À notre sens, se jouent dans la réponse à cette question la pertinence du pragmatisme juridique et son avantage par rapport aux théories juridiques concurrentes, au premier rang desquelles le normativisme de Dworkin et le positivisme à coloration pragmatique de Posner.

C'est à établir ces différences que Brian Butler s'emploie, dans son article «*Democracy and Law: Situating Law within John Dewey's Democratic Vision*». Comme l'indique ce titre, la démarche de Butler consiste à critiquer le prétendu pragmatisme de Posner à partir d'une relecture des écrits politiques et juridiques de Dewey, afin de faire émerger la spécificité et l'avantage d'un pragmatisme juridique ressourcé et réactualisé. En guise d'illustration de son propos, Butler propose d'imaginer en quoi auraient consisté les décisions de trois types de juges hypothétiques, les Dworkiniens («*Dworks*»), les Posnériens («*Poses*») et les Deweyens («*Dews*»), à propos de l'arrêt *Citizens United* de la Cour suprême. Dans cette affaire, la Cour suprême états-unienne déclarait inconstitutionnelle une disposition d'une loi fédérale de 2002 qui restreignait le financement des campagnes électorales par des corporations, invoquant la liberté d'expression protégée par le Premier Amendement.

Selon Butler, et contrairement à la position explicite de Dworkin, un juge d'obédience dworkinienne se serait rangé à l'opinion majoritaire en vertu de son attachement aux principes moraux fondateurs de l'ordre juridique. Plus précisément, Butler rappelle la figure du juge Hercule imaginée par Dworkin (1986 : 337), lequel doit s'attacher à continuer à écrire le «*roman-en-chaînes*» que représente la Constitution américaine, dans la métaphore imaginée par ce dernier.

empêche en effet une distinction plus fine entre les personnes, morales ou naturelles, qui bénéficient de la liberté d'expression.

Quant aux « Poses », juges posnériens, Butler conjecture également leur soutien à la décision de la Cour suprême, étant donné l'absence de positionnement sur les principes que défend Posner. La question centrale pour eux aurait été de déterminer les conséquences d'une telle décision sur le fonctionnement démocratique. Or, étant donné l'adhésion de Posner à une conception élitiste de la démocratie, c'est-à-dire à l'idée d'une démocratie comme marché des idées : « il se pourrait que le financement des discours par les entreprises rende le marché du vote plus efficace. » (Butler, 2010 : 277). Autrement dit, la question n'est pas tant de savoir s'il est conforme aux principes constitutionnels de restreindre la liberté d'expression des personnes morales dans le cadre politique ; il est plutôt question de déterminer les conséquences d'une telle restriction et, à la lumière de la conception de la démocratie endossée par Posner, celles-ci seraient plutôt à éviter.

Ces deux positions apparemment opposées conduiraient ainsi, dans le raisonnement de Butler, à une même décision, à savoir la même que celle rendue par la majorité de la Cour suprême. C'est alors que Butler cherche à conjecturer ce que serait une décision prise par un juge pragmatiste de filiation deweyenne. Par opposition à la position dworkinienne, un juge deweyen ne ferait pas de la fidélité aux principes un argument dans cette question. Cependant, il ne ferait pas preuve de la même cécité aux considérations éthiques et politiques que son homologue posnérien, en vertu de la primauté accordée par Dewey à l'idéal démocratique sur le système juridique : en ce sens, il s'abstiendrait certainement, dit Butler, d'aller à l'encontre des restrictions décidées par le Congrès élu dans le but de préserver le système électoral d'une trop grande emprise de l'argent. Il s'inscrirait ainsi dans l'opinion minoritaire, celle acceptant de restreindre le financement des campagnes électorales par les corporations, tout en demeurant attentif aux conséquences d'une telle décision.

De cette brève présentation du raisonnement contrefactuel proposé par Butler, nous voudrions tirer deux conclusions. La première concerne le rapport aux fins du pragmatisme juridique : comme le montre Butler, une version deweyenne de ce dernier ne professerait pas la même ignorance délibérée à l'égard des questions politiques liées aux décisions judiciaires. Le pragmatisme, comme il le rappelle, est moins une pure et simple théorie instrumentale du droit qu'une articulation originale des moyens et des fins : il s'agit de défendre l'idée d'une codétermination constante des premiers et des secondes, à égale distance d'un respect figé à l'égard des principes constitutionnels et d'une focalisation exclusive sur des questions d'efficacité. En l'occurrence, et c'est là notre seconde remarque, l'attention aux fins poursuivies par le droit se manifeste à travers la primauté accordée à la démocratie dans l'appréciation de la légitimité de dispositions législatives. D'une part, la position deweyenne paraît accorder un certain primat aux dispositions adoptées par les instances représentatives par rapport aux décisions judiciaires. D'autre part, la logique de la décision judiciaire semble gouvernée par la question de savoir si la disposition législative en question va dans le sens d'un approfondissement du fonctionnement démocratique de la société américaine.

Ainsi la position deweyenne, telle que reconstruite par Butler, va-t-elle dans le sens d'un pragmatisme juridique polarisé vers la question de la démocratie. C'est sur ce terrain que nous allons à présent nous diriger, afin de proposer une interprétation plus précise et contemporaine de l'avantage du pragmatisme juridique.

L'AVANTAGE DU PRAGMATISME JURIDIQUE : UNE THÉORIE DE L'EXPÉRIMENTALISME DÉMOCRATIQUE

Après avoir souligné l'immanence à la société qui caractérisait le pragmatisme juridique dans son moment d'émergence et qui, selon nous, en marquait l'avantage par rapport aux autres théories du droit, nous avons été confrontés à une ligne d'évolution du pragmatisme

juridique qui en a accentué l'instrumentalisme aux dépens de toute visée politique ou éthique. C'est en revenant aux sources deweyennes du pragmatisme juridique que nous avons cherché à en rétablir la dimension proprement normative. Ces sources deweyennes conduisent en effet, comme l'écrit ailleurs Butler, à concevoir le droit comme un « moyen démocratique » (Butler, 2017 : 4). C'est cette idée que nous voudrions à présent expliciter afin de présenter l'avantage du pragmatisme juridique, non seulement en vertu de son immanence à la société, mais également à partir de son caractère démocratique. Autrement dit, l'avantage décisif du pragmatisme juridique nous paraît consister en ce qu'il présente les éléments d'une théorie élargie de la démocratie, ce qui, en ce qui concerne notre propos, signifie la chose suivante : une théorie démocratique du droit implique que l'on conçoive le droit lui-même comme un médium démocratique. Ou comme l'écrit Butler :

le droit doit être un processus démocratique en soi et pas seulement un ensemble de règles transcendantes dans le cadre desquelles la démocratie peut être pratiquée ou, il va sans dire, un outil expressément antimajoritaire pour protéger les minorités de la tyrannie de la majorité. (*Ibid.* : 21)

L'immanence, ainsi, ne concerne plus seulement le rapport du droit à la société, mais également celui du droit à la structuration politique désirée de cette société dans la pensée deweyenne, à savoir la démocratie.

Maintenant, que peut signifier, plus précisément, cette idée d'un droit lui-même démocratique ? Que peut nous apporter le pragmatisme juridique dans cette perspective ?

Puisque cette conception pragmatiste du droit se fonde sur la théorie deweyenne de la démocratie, il convient d'en rappeler brièvement quelques traits caractéristiques. C'est ce que propose Butler au travers de six marqueurs (*ibid.* : 34) :

1. La théorie deweyenne de la démocratie comprend cette dernière plus comme un mode de vie que comme un concept simplement politique.
2. La démocratie implique le pluralisme des valeurs et son respect.
3. La notion centrale est celle de Public, définie par la reconnaissance collective du fait d'être affecté par un problème et de vouloir le réguler.
4. Une société démocratique repose sur l'intelligence expérimentale dans la résolution des problèmes.
5. La démocratie se définit par cette relation résolutoire à des problèmes sans cesse nouveaux et changeants.
6. La démocratie exige l'usage de la connaissance scientifique ainsi qu'une créativité en vue de la communication publique du savoir.

Parmi ces traits de définition, celui qui intéresse au premier chef la conception du droit est le quatrième : c'est en effet selon une homologie entre l'enquête et la recherche scientifiques d'une part, et le droit comme institution et procédure de l'autre, que le pragmatisme juridique pense ce dernier. C'est notamment le cas dans la pensée, non seulement de Butler, mais également et surtout de Michael Dorf et Charles Sabel, en particulier dans leur article « De la constitution de l'expérimentalisme démocratique », vers lequel nous nous tournons maintenant.

Dorf et Sabel commencent par préciser la nature de leur inspiration pragmatiste. Ils insistent notamment sur deux points : tout d'abord, la nature fonctionnelle des collectifs démocratiques, les Publics, constitués et orientés vers la résolution de problèmes sociaux ; ensuite, la codétermination des moyens et des fins, explicitée plus haut dans ce propos. Ces deux éléments s'accordent parfaitement avec les quatre traits définitoires du pragmatisme juridique que nous avons mentionnés, à savoir : le contextualisme, l'anti-fondationalisme, l'instrumentalisme et le perspectivisme. Mais, plus encore, ces deux éléments

centraux à la théorie deweyenne de la démocratie impliquent une exigence fondamentale pour la théorie du droit : si le droit doit être un instrument en vue de la résolution démocratique des problèmes, alors il faut le penser et le structurer sur le modèle de la recherche et de l'enquête scientifique, c'est-à-dire sur le modèle de l'expérimentation collective.

C'est d'après cette exigence centrale que Dorf et Sabel esquisseraient un système institutionnel qui combinerait une participation accrue des citoyens aux décisions locales et un rôle des tribunaux recentré sur le contrôle du respect des droits individuels :

Nous appelons ce système, où les citoyens de chaque localité contribueraient directement à évaluer l'utilité des services proposés par les collectivités locales, et où ils auraient la possibilité de comparer la performance de leur collectivité à celles des localités semblables, la *polyarchie directement délibérative* [...] Nous appelons ce système de résolution publique des problèmes, qui allie l'apprentissage fédéral avec la protection des intérêts des collectivités fédérées, ainsi qu'avec les droits des individus, *l'expérimentalisme démocratique*. (Dorf & Sabel, 2009 : 114-115)

Le droit se trouve ainsi pensé sur le modèle d'un système social de production, de communication et d'évaluation de l'information en vue de l'auto-organisation de la société politique (Butler, 2012 : 51).

Pour ce qui concerne la jurisprudence, c'est-à-dire le rôle du juge, une telle conception du droit aurait pour conséquence une réévaluation de celui-ci, comme l'écrit Butler : « Les juges fonctionnent par conséquent moins comme un arbitre que comme partie d'un processus actif de résolution des problèmes. » (Butler, 2017 : 46). L'accent, notamment, serait moins mis sur l'autorisation de dispositions législatives en fonction de leur compatibilité avec les normes constitutionnelles, que sur l'évaluation de ces dispositions conçues comme des expériences en vue de résoudre certains problèmes particuliers.

C'est déjà, finalement, ce qu'appelait de ses vœux Roscoe Pound, dans son article critique de la « théorie mécanique du droit » et de sa conception de la liberté contractuelle en 1908 :

La conception de la liberté contractuelle devient la base d'une déduction logique. Le tribunal ne se demande pas quel sera l'effet d'une telle déduction, lorsqu'elle est appliquée à la situation réelle. Il n'observe pas que le résultat sera de produire une condition précisément inverse de celle que la conception envisageait à l'origine. (Pound, 1908 : 16)

Ainsi l'expérimentalisme démocratique offre-t-il une conception proprement démocratique du droit à partir de la théorie deweyenne de la démocratie. Plus encore, il manifeste un avantage sensible par rapport aux autres théories juridiques de la démocratie, en ce qu'il n'exclut pas le droit lui-même du champ de l'exigence démocratique : le droit cesse d'être un simple cadre extérieur ou une règle du jeu pour devenir un système de coordination des acteurs dans la résolution des problèmes. Autrement dit, le pragmatisme juridique se démarque, à nos yeux, par son immanence à la société démocratique.

REMARQUES CONCLUSIVES : LE PRAGMATISME JURIDIQUE AU-DELÀ DE LA COMMON LAW

Le pragmatisme juridique, tel que nous l'avons présenté, apparaît comme une philosophie juridique proprement américaine, à la fois guidée dans son émergence par des problématiques juridiques, politiques et sociales spécifiques aux États-Unis, inspirée du seul courant philosophique d'origine états-unienne et développée dans le contexte de ce système juridique particulier, notamment en ce qui concerne l'importance du juge. De même que l'on a pu se demander si cette philosophie du droit contextualiste pouvait avoir une pertinence dans des contextes plus contemporains, on peut se demander si elle est transposable au contexte juridique, politique et social

européen. Le pragmatisme juridique conserve-t-il son avantage en contexte continental ?

Aucun obstacle, tout d'abord, ne semble rédhibitoire à une application du courant de l'expérimentalisme démocratique aux institutions européennes : cette combinaison de démocratie locale et délibérative, de guidage des parlements et de contrôle des tribunaux paraît en effet tout à fait pertinente en vue d'un approfondissement de la nature démocratique des institutions et du médium juridiques.

Pour ce qui est du rapport entre la législation et la jurisprudence, en revanche, la moindre importance du juge dans les pays dits de droit civil, par rapport aux systèmes de *common law*, pourrait suggérer une certaine incompatibilité culturelle et systémique entre le pragmatisme juridique et les ordres juridiques continentaux, pour le dire vite. Toutefois, et ce sera là une ouverture conclusive à notre propos, il est un domaine du droit qui pourrait bien bénéficier d'une approche pragmatiste, dans les deux ordres descriptif et normatif évoqués plus haut : le droit du travail. D'un point de vue descriptif, le droit du travail présente une histoire et une logique de développement que l'on peut bien caractériser par cette idée d'immanence à la société, à la fois au niveau des sources et au niveau des évolutions. L'objet juridique que constitue la convention collective, en particulier, a pour origine un usage déjà répandu au tournant des XIX^e et XX^e siècles dans la résolution des conflits industriels, et sa spécificité par rapport aux catégories tant du contrat que du règlement ou de la loi n'ont pas entravé son essor tout au long du siècle. Dans une perspective normative, cette fois, le pragmatisme juridique pourrait bien, en ces temps de crise, contribuer à revitaliser le droit du travail dans sa vocation de transformation et de démocratisation des rapports professionnels.

Pour s'en convaincre, on peut se pencher sur un exemple de pragmatisme juridique patent dans l'histoire du travail, lequel illustre les deux perspectives indiquées ci-dessus, descriptive et normative.

Dans son histoire du droit du travail français, Jacques Le Goff note, au sujet des décennies d'après-guerre, l'influence en droit du travail de la théorie institutionnaliste de l'entreprise, laquelle se détache de la compréhension de cette dernière en termes de somme de contrats pour essayer d'en appréhender la réalité plus relationnelle et institutionnelle. Autrement dit, Le Goff note quelque chose comme une évolution, lors de ces décennies, vers plus de « réalisme » ou de « pragmatisme » dans la loi, mais surtout dans la jurisprudence travailliste française :

C'est ce même pragmatisme qui fonde l'approche de l'entreprise comme unité *économique* et *sociale* [...] Le problème de l'appréhension de la réalité de l'entreprise ne se pose guère sur le plan des relations individuelles. Il prend, en revanche, une allure cruciale sur celui des rapports collectifs. La question est en effet de savoir si le champ de ces rapports doit continuer de coïncider avec les limites de l'entreprise dans sa définition juridique, alors qu'ils les débordent de toutes parts, ou s'il ne convient pas, au contraire, de prendre en compte, au-delà des délimitations fixées par le droit commercial, la réalité d'un *ensemble économique et social*, placé sous l'égide d'un seul et même pouvoir économique, administratif et financier. (Le Goff, 2019 : 446-447)

Plus concrètement, le problème est le suivant : pour demeurer au-dessous des seuils d'effectifs au-delà desquels la représentation des salariés devient obligatoire, certaines entreprises partitionnent artificiellement leur unité en différentes firmes juridiquement distinctes, entravant ainsi cette représentation pourtant fixée par la loi. On se trouve ici dans un cas emblématique du divorce possible entre concepts juridiques et réalité sociale, entre droit et fait, divorce dont on a noté qu'il était à l'origine du développement du pragmatisme juridique aux États-Unis.

Pour surmonter un tel divorce, il peut alors être nécessaire de faire preuve, dans l'interprétation, des vertus que l'on a attribuées

au pragmatisme, à savoir cette immanence à la société et au fait social. C'est ce dont a fait preuve la Cour de cassation dans divers arrêts, dans la décennie 1970, où elle a forgé le concept d'unité économique et sociale, distinct de celui de société, dont l'objectif était d'identifier des unités de relations professionnelles au-delà de la distinction entre sociétés ou établissements. Autrement dit, l'objectif poursuivi avec l'invention de ce concept était de permettre d'établir une représentation des salariés là où les artifices juridiques étaient employés pour l'empêcher⁸. Plus récemment, on peut noter, toujours avec Le Goff, un semblable pragmatisme dans la requalification de travailleurs indépendants en salariés.

Ainsi, non seulement le pragmatisme juridique nous semble pouvoir caractériser avec pertinence certains moments-clé de l'évolution du droit du travail, mais au-delà, il paraît propre à redonner de la vigueur à une vocation émoussée du droit du travail, à savoir la démocratisation des rapports sociaux. C'est alors à un ancrage interprétatif et normatif du droit du travail dans la conception pragmatiste de la démocratie qu'il faudrait travailler.

BIBLIOGRAPHIE

- BARRAUD Boris (2017), *Le Pragmatisme juridique*, Paris, L'Harmattan.
- BUTLER Brian E. (2002), « Legal Pragmatism : Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position ? », *Essays in Philosophy*, 3 (2), article 14.
- BUTLER Brian E. (2010), « Democracy and Law : Situating Law within John Dewey's Democratic Vision », *Ethics and Politics*, XII (1), p. 256-280.
- BUTLER Brian E. (2012), « Law, Pragmatism and Constitutional Interpretation : From Information Exclusion to Information Production », *Pragmatism Today*, 3 (1), p. 39-57.
- BUTLER Brian E. (2017), *The Democratic Constitution. Experimentalism and Interpretation*, Chicago, The University of Chicago Press.
- FRANÇOIS Mathieu (2016), « Variations autour de l'originalisme », *Revue française de droit constitutionnel*, 3 (107), p. 739-748.
- DEWEY John (1927/2010), *Le Public et ses problèmes*, trad. Joëlle Zask, Paris, Gallimard.
- DEWEY John & James Hayden TUFTS (1932/2021), *Éthique*, trad. Patrick Di Mascio, Paris, Gallimard.
- DEWEY John (2018), *Écrits politiques*, trad. Jean-Pierre Cometti et Joëlle Zask, Paris, Gallimard.
- DI FILIPPO Terry (1988), « Pragmatism, Interest Theory and Legal Philosophy : The Relation of James and Dewey to Roscoe Pound », *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, 24 (4), p. 487-508.
- DORF Michael & Charles SABEL (2009), « De la constitution de l'expérimentalisme démocratique », trad. Olivier Allard et Matthew Carrey, *Cahiers Philosophiques*, 119, p. 110-118.
- DWORKIN Ronald (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- GREY Thomas C. (1998), « Freestanding Legal Pragmatism », in Morris Dickstein (dir.), *The Revival of Pragmatism : New Essays on Social Thought, Law and Culture*, Duke University Press, p. 254-274.
- HAACK Susan (2012), « On Legal Pragmatism : Where does "The Path of Law" lead us ? », *Pragmatism Today*, 3 (1), p. 8-31.
- LASCOURMES Pierre & Évelyne SERVERIN (1986), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 2, p. 101-124.
- LAW David S. & David MCGOWAN (2007), « There is Nothing Pragmatic about Originalism », *Northwestern University Law Review Colloquy*, 102, p. 86-101.
- LE GOFF Jacques (2019) *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes.
- MASTOR Wanda (2015) « Que reste-t-il, aujourd'hui, de la *Sociological Jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis ? », in Olivier Jouanjan & Elisabeth Zoller (dir.), *Le « Moment 1900 »*. *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, p. 255-271.

- POSNER Richard (1990), «What has Pragmatism to offer Law?», *Southern California Law Review*, 63, p. 1653-1670.
- POSNER Richard (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- POUND Roscoe (1907), «The Need of a Sociological Jurisprudence», *The Green Bag*, p. 607-615.
- POUND Roscoe (1908), «Mechanical Jurisprudence», *Columbia Law Review*, 8, p. 605-623.
- POUND Roscoe (1909), «Liberty of Contract», *The Yale Law Journal*, 18 (7), p. 454-487.
- RABBAN David M. (2015), «Pound's Sociological Jurisprudence: European Roots and American Applications», in Olivier Jouanjan & Elisabeth Zoller (dir.), *Le «moment 1900»*. *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, p. 113-150.
- RORTY Richard (1989), «The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice», *Southern California Law Review*, 63, p. 1811-1819.
- SOLOVE Daniel J. & Michael SULLIVAN (2003), «Can Pragmatism be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism», *Yale Law Journal*, 113 (3), p. 687-741.
- SUNSTEIN Cass R. (2018), «Originalism», *Notre Dame Law Review*, 93 (4), p. 1671-1698.
- TAMANAHAN Brian Z. (1996), «Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction», *American Journal of Jurisprudence*, 41 (1), p. 315-355.
- WHITE Morton (1947) «The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century», *Journal of the History of Ideas*, 8 (2), p. 131-152.

NOTES

1 Citée dans Carpentier (2016 : 748).

2 Opinion du juge Harlan, cité dans Pound (1909 : 454).

3 Nous choisissons, dans ce qui suit, de traduire le terme de *jurisprudence*, dans les emplois qu'en fait Pound notamment, par « théorie du droit », en raison du caractère précisément théorique des écrits en question. Il s'agit certes, pour Pound, de partir de la jurisprudence (*case law*) pour développer ces vues doctrinales et théoriques, mais c'est ce dernier aspect qui nous semble devoir être mis en avant dans la traduction.

4 Comme y insiste notamment Carpentier (2016).

5 Opinion dissidente du juge Oliver W. Holmes au sujet de l'arrêt *Lochner v. New York* de la Cour suprême des États-Unis en 1905.

6 « *Pragmatism has no political valence* », écrit-il p. 44 du même ouvrage.

7 Il s'agit d'un roman écrit en équipe, chaque auteur prenant la suite de l'autre.

8 Cf. en particulier l'arrêt Soc. 19 décembre 1972, SARL Cilia : « attendu que le tribunal a pu déduire de l'ensemble de ces constatations que les trois sociétés, bien que juridiquement distinctes, constituaient, non des entreprises séparées, mais en raison de leur compénétration, de la confusion de leurs activités et de leur communauté d'intérêts et de direction, un ensemble économique unique dont l'effectif des salariés devait être envisagé globalement au point de vue de la désignation des délégués syndicaux. »