Grégoire DARCY

Séminaire carrières publiques 2021-2022

Sciences Po Rennes

PENSER ET *PRATIQUER* L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE DROIT AUX ÉTATS-UNIS : WITTGENSTEIN, LE RULE OF LAW ET L'INTERPRÉTATION DE L'INTERPRÉTATION

'I don't know what you mean by "glory,"' Alice said.

Humpty Dumpty smiled contemptuously. 'Of course you don't— till I tell you. I meant "there's a nice knock- down argument for you!"'

'But "glory" doesn't mean "a nice knock-down argument,"' Alice objected.

'When I use a word,' Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean - neither more nor less.'

'The question is,' said Alice, 'whether you can make words mean so many different things.'

'The question is,' said Humpty Dumpty, 'which is to be master - that's all.'

Alice was too much puzzled to say anything, so after a minute Humpty Dumpty began again. 'They've a temper, some of them— particularly verbs, they're the proudest— adjectives you can do anything with, but not verbs— however, I can manage the whole of them! Impenetrability! That's what I say!'

Lewis Carroll, *Through the Looking Glass*, 1871.

TABLE DES MATIÈRES :

Introduction **1**

I. Le droit selon Wittgenstein : un problème d'interprétation **7**

A - Le droit comme jeu de langage particulier **8**

1 - Les interprétations de l'interprétation de la règle de droit 8

2 - Le droit comme jeu de langage non-coopératif 11

B - Le paradoxe du suivi des règles de Wittgenstein **14**

1 - Le respect des règles et le paradoxe de Kripkenstein. 14

2 - Le monopole du juge-interprète et l'impossibilité du rule of law 18

II. Wittgenstein selon le droit : un problème d'interprétation **20**

A - Pratiquer l'interprétation de la règle de droit par l'interprétation de Wittgenstein **21**

1 - Wittgenstein méprisé 22

2 - Wittgenstein encensé 24

3 - Wittgenstein discuté 26

B - Penser l'interprétation de la règle de droit par l'interprétation de Wittgenstein. **28**

1 - Wittgenstein dans le champ juridique : de l'intégration à l'information 28

2 - Wittgenstein dans le débat sur le réalisme : une fonction de structuration 30

3 - Wittgenstein et le débat sur le réalisme : une fonction d'inspiration 33

Conclusion **35**

Introduction

1. « *A law may be defined as an assemblage of signs*[1] *declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or class of persons, […]»*[2]. En définissant ainsi la loi, Jeremy Bentham assimile doublement[3] la science du droit à la philosophie du langage : *méthodologiquement*, en proposant une théorie du droit conçue comme une définition du terme de loi; et *substantivement*, en définissant la loi comme un type particulier d'assemblage de signes. Pressentant notamment la théorie des actes de langages et la notion de *Kontextprinzip* du holisme sémantique frégéen, cette approche pose la tâche du juriste, philosophe du langage d'un type particulier : *définir* les termes du discours juridique.

2. Cette conception de la loi comme *jeu de langage (Sprachspiele)* spécifique fut l'objet d'un affrontement majeur de programmes de recherche[4] dans la science du droit[5] contemporaine. Révolutionnée par Hart[6] dans son ouvrage *The Concept of Law* (1961) - qui corrige certaines incohérences de Bentham à la suite des travaux de Wittgenstein, Austin et Grice -, cette approche transdisciplinaire fut l'objet de critiques véhémentes. Ronald Dworkin reprochera ainsi à Hart d'avoir été « piqué par la

---

[1] Souligné par l'auteur, à l'instar de l'ensemble des soulignages ci-après.

[2] J. Bentham, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (ed.), London, The Althone Press, 1970. Notons l'identité de l'éditeur, qui témoigne indubitablement d'un réseau d'influences enchevêtrées. Citons ainsi à cet égard que *Theory of Fictions* de J. Bentham fut édité par C. Ogden, ami de Wittgenstein et premier traducteur du *Tractatus Logico-philosophicus.*

[3] Endicott, Timothy, « Law and Language », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

[4] Au sens d'Imre Lakatos, *Histoire et méthodologie des sciences : programme de recherche et reconstruction rationnelle*, Paris, PUF, 1994

[5] Nous retenons ici la distinction d'A. Kanellopoulos dans sa thèse *La confusion du droit et de la "science du droit" : étude critique d'épistémologie juridique,* sous la direction de Jean-Yves Chérot.

[6] Hart, H.L.A., 1994, *The Concept of Law*, 2nd edn., Clarendon Press, Oxford

langue[7] »[8], entraînant une vague de scepticisme juridique se fondant notamment sur la notion d'*indétermination linguistique*. Par exemple, pour Olivecrona, l'école du réalisme juridique scandinave considère certains termes juridiques comme « *dépourvus de référence sémantique [et] ne dénotant rien* »[9]. Parallèlement, le courant états-unien d'analyse économique du droit, reprenant la thèse utilitariste benthamienne et sa méthodologie empiriste, appréhende les termes de droit et d'obligation comme des « *épithètes rhétoriques* »[10].

3. Endicott[11] note enfin un troisième axe « *d'attaques contre la cohérence de l'idée de la règle de droit, et sur la signification du discours juridique* » influencé par l'interprétation de Saul Kripke[12] des remarques de Wittgenstein sur le suivi des règles.

4. Wittgenstein. Figure indubitablement majeure de la philosophie analytique - au point d'être considéré par beaucoup comme le plus grand penseur du XXème siècle[13], Ludwig Wittgenstein est indéniablement une figure centrale de la science contemporaine du droit. La littérature distingue « deux »[14] Wittgenstein, les deux périodes de sa pensée étant chacune une étape charnière de la philosophie.

---

[7] *Semantic sting*

[8] L'influence de Hart, de la philosophie analytique et de la part grandissante des études sur le *langage* dans les autres disciplines ont ainsi fait de la question de l'intégration de la philosophie du langage un des débats central dans le champ universitaire juridique au XXème siècle. Sont notamment évocables le travail de Jerzy Wróblewski qui a développé une « *conception sémantique de la norme juridique* » en 1983, puis une théorie du langage juridique comme un sous-type de langage naturel avec de multiples caractéristiques « *floues* » (*fuzzy*) en 1985. Pintore et Jori notent également, dans leur article de 1997, que Noberto Bobbio, éminent juriste Italien, à considéré dès les années 1950 « *le droit comme un langage et la science juridique comme un méta-langage* », entrainant des « *disputes sur le terrain sémiotique, plutôt que directement par des arguments de positions philosophiques juridiques générales* »

[9] Law as Fact (1939), deuxième édition 1971.

[10] Endicott, Timothy, « Law and Language », op. cit.

[11] *Ibid*

[12] Kripke, Saul (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Harvard University Press

[13] Biletzki, Anat and Anat Matar, "Ludwig Wittgenstein", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.),

[14] Dans la littérature plus récente, cette division a été remise en question : certains interprètes ont revendiqué une certaine unité entre toutes les étapes de sa pensée, tandis que d'autres parlent d'une division plus nuancée, ajoutant des étapes telles que le Wittgenstein moyen et le Wittgenstein postérieur.

Le premier Wittgenstein est incarné par son *Tractatus Logico-Philosophicus*[15]. Appliquant la logique moderne à la métaphysique par l'intermédiaire du langage, il porte un nouveau regard sur ces questions pour résoudre « *tous les problèmes de la philosophie* ». Le second Wittgenstein, celui des *Investigations philosophiques*[16], se détache de certains des fondements de la philosophie du *Tractacus*, à savoir l'atomisme logique, la nature de la logique en tant que seul langage parfait, l'extensionalité et le rôle du langage en tant que représentation du monde, pour proposer une nouvelle approche anti-systématique.

Pour ce second Wittgenstein, la philosophie est une phénoménologie au sens non-husserlien. Elle ne doit pas s'occuper du langage idéal, mais du langage ordinaire. Surtout, il abandonne l'approche syntaxique pour une orientation sémantique et grammaticale teintée de pragmatisme, qui trouve de nombreux échos en science du droit.

5. En effet[17], une recherche dans la bibliothèque TP-ALL de Westlaw, en utilisant les termes « ludwig or l! w2 Wittgenstein » donne 729 résultats. La même recherche dans la bibliothèque Lexis US Law Reviews and Journals donne 652 résultats. Pourtant, comme le révèle Markell[18], son influence effective sur les décisions de justice est quasiment inexistante. Nous n'avons trouvé que 44 décisions états-uniennes[19] le citant. L'écart est flagrant.

---

[15] Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus Logisch-philosophische Abhandlung*. First published by Kegan Paul (London), 1922.

[16] Wittenstein, Ludwig (1953), *Philosophische Untersuchungen*. Kritisch-genetische Edition. Suhrkamp, Frankfurt am Main 2001.

[17] L'auteur n'ayant pas encore accès aux bases de recherches anglaises, seront utilisées des données datant malheureusement du 1er septembre 2004 collectées par B. Markell. Idem pour les décisions de justice, nonobstant celle de la Cour Supreme de 2019. La démonstration n'en est pas affectée, le nombre d'articles ne pouvant qu'être haussier.

[18] Bruce A. Markell Bewitched By Language: Wittgenstein and the Practice of Law, 32 Pepp. L. Rev. Iss. 4 (2005)

[19] Seule la motivation particulière des décisions de justice dans les systèmes de common law permettent de traiter quantitativement l'influence d'un auteur dans les décisions, à travers le nombre de citations. Une telle étude est impossible en France.

Ainsi, l'influence de Wittgenstein semble paradoxalement capitale dans la *réflexion* portant sur l'interprétation de la règle de droit par le jurisprudent et négligeable dans la *pratique* de l'interprétation de la règle de droit par le juriste. Transparaîtrait à première vue une herméticité entre *droit* et *science du droit.* Cependant, cette non-porosité ne saurait expliquer seule le différentiel d'influence sur la *pensée* et la *pratique* de l'interprétation de la règle de droit. En effet, les tribunaux examinent fréquemment les arguments de philosophes[20].

6. Le système considéré est cependant irréductible à ces deux composantes. Ce système complexe[21] est schématiquement[22] composé de quatre sous-systèmes[23] : les travaux de Wittgenstein (S1), les interprétations des travaux de Wittgenstein dans le champ de la philosophie du langage (S2), les interprétations de Wittgenstein dans le champ de la science du droit (S3) et les mobilisations des interprétations de Wittgenstein dans la pratique juridique - notamment dans les décisions de justice (S4).

Comprendre le différentiel d'influence de Wittgenstein sur la pensée et la pratique de l'interprétation indépendamment de la question de l'herméticité entre

---

[20] Par exemple, quant à la question de savoir s'il existe un droit constitutionnel à mourir, la Cour suprême des États-Unis examine les arguments philosophes : Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon et Judith Jarvis Thomson. Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (1997); Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

[21] au sens d'Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, coll. « Points / Essais » (no 534), 2005

[22] Se passer du morcellement est stérile en vertu du principe d'incomplétude : Adorno disait déjà que « *la totalité est la non-vérité* », et la disjonction conditionne l'intelligibilité. Néanmoins, il est important de noter que ce processus *disjonctif* en *composantes* et en *liens* est une opération nécessairement réductrice (choix des éléments), simplificatrice (liens « hydrauliques », mécaniques et non organiques), artificialiste (distinction du lien et de l'objet) et biaisée (choix arbitraire des éléments et de la disposition en centre/ périphérie dans le schéma) auquel doit être joint une approche *conjonctive* tenant compte des liens d'inter-dépendance des éléments composantes de ce système complexe auto-eco-organisateur au sens de E. Morin, *Ibid*. Les composantes sont ainsi en réalité, in-, auto- et inter-définies.

[23] Nous évincerons, à des fins de simplification, le dynamisme profond de la pensée de Wittgenstein, qui aurait être modélisé par une division en sous-systèmes Wittgenstein I et Wittgenstein II (eux-même réducteurs puisque niant la continuité), cf *infra*. De même, nous éluderons la nature composite de ces systèmes : ainsi, nous aurions pu différencier les interprétations directes de Wittgenstein dans le cadre de la philosophie du droit de celles indirectes (citant des travaux de philosophie du droit mobilisant des interprétations de Wittgenstein).

science du droit et *droit*[24] passe conséquemment par la considération des *liens*[25] entre ces sous-systèmes. Plus précisément, c'est comprendre la différence de nature entre (S1 et S2)R(S3) et (S1 et S2)R(S4).

7. Les relations entre les objets ne sauraient cependant s'appréhender indépendamment de leur définition et de la spécificité du contexte linguistique juridique. Répondre à la méta-question du différentiel d'influence de Wittgenstein sur la pensée et la pratique de l'interprétation nécessite donc de répondre à celle de l'applicabilité des enseignements des travaux de Wittgenstein et de ses interprétations dans le champ de la philosophie du langage au droit ainsi qu'à ses conséquences directes sur la nature de l'interprétation de la norme juridique indépendamment de sa pratique effective.

Sera donc proposée une transposition directe du paradoxe du suivi des règles de Wittgenstein à l'interprétation de la loi ne prenant volontairement pas en compte les spécificité du champ de la science du droit, pour pouvoir ensuite analyser comparativement les mobilisations effectives de Wittgenstein par les juristes états-uniens. Il s'agira ainsi de décrire le résultat immédiat que la conclusion sceptique du paradoxe de Kripkenstein entraîne sur la nature du système juridique dans le champ de la philosophie du langage, soit de forger une hypothèse de (S1etS2)R(S4) sans mobiliser S3. Dès lors, il ne s'agit ni d'étudier les conséquences normatives sur la démocratie dans le champ des sciences politiques d'une telle transposition, ni de discuter la pertinence d'une telle application, mais simplement de proposer une application directe au champ de la pratique de l'interprétation de la règle de droit par les juges afin de pouvoir analyser ultérieurement la déformation des travaux de Wittgenstein et Kripke par le champ de la science du droit via son application indirecte - c'est à dire à travers l'interprétation des travaux de la philosophie du langage par la doctrine juridique américaine - au champ du droit.

---

[24] C'est à dire indépendamment de l'étude particulière de (S3)R(S4) et, la question étant posée dans le champ du droit, de (S1)R(S2).

[25] Notons R cette relation d'influence non encore définie.

8. Nous proposerons ainsi une approche normative des effets du paradoxe du langage de Wittgenstein sur la nature du travail d'interprétation du juge (**I**) avant de la comparer, dans une approche positive, à son influence effective sur la façon de *penser* et de *pratiquer* l'interprétation de la règle de droit aux états-unis (**II**).

I. Le droit selon Wittgenstein : un problème d'interprétation

L'application au jeu de langage particulier qu'est le droit de *common law* (A) du paradoxe du suivi des règles de Wittgenstein implique l'impossibilité de l'effectivité du *rule of law* et consacre le juge comme souverain dans la détermination du contenu de la norme (B).

A - Le droit comme jeu de langage particulier

L'interprétation de la règle de droit est particulière dans sa nature comme dans ses méthodes (1), ce qui implique la nécessité d'une transposition *mutatis mutandis* des travaux de Wittgenstein à ce jeu de langage non-coopératif (2).

1 - Les interprétations de l'interprétation de la règle de droit

9. L'interprétation de la règle de droit est un « *concept à visage de Janus* », qui englobe à la fois une composante conservatrice tournée vers le passé et une composante créative tournée vers l'avenir : l'interprétation d'une norme[26] est une interprétation de *quelque chose* (elle présuppose un support à interpréter auquel toute interprétation, pour être valide, doit être fidèle) - mais c'est aussi une *interprétation* de quelque chose, c'est-à-dire une *production* à partir du support[27]. Cette dualité complexifie l'appréhension de la nature, du moment, de la fonction et de l'objet de l'interprétation.

10. Nécessité et imprécision. Comme l'illustre le débat sur la définition du *véhicule* par une approche téléologique de la norme dans *Garner v Burr,* l'imprécision ontologique[28] des textes soulève de nombreux problèmes pour le droit. Les systèmes juridiques doivent prévoir une méthode de résolution faisant autorité des différends relatifs à l'effet de l'utilisation du langage *vague*.

11. Approche téléologique de l'interprétation de la règle de droit. Dans les conflits d'interprétation, l'objet de la dispute est souvent, d'après les juges, le *sens* en tant que signification linguistique (*linguistic meaning*)[29] du texte portant la norme considérée, soit un type particulier de signification symbolique renvoyant à

---

[26] Pour une distinction avec les autres types d'interprétation (littérature, humour..), le lecteur pourra se référer aux travaux de Dworkin.

[27] Dickson, Julie, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

[28] Par référence à des *standards*, par la particularité du jeu de langage du droit…

[29] Par exemple : *Smith v. United States*, ou *District of Columbia v. Heller*

l'information transmise de manière fiable et systématique par des entités linguistiques. Néanmoins, il s'agit là pour Greenberg[30] d'une confusion sur le sens du *sens,* qui ne correspond pas au contenu de la norme[31]. Cependant, si la finalité de l'interprétation est indubitablement la résolution d'un litige[32] par l'établissement du contenu de la norme, la détermination du sens de la règle reste une de ses composantes nécessaire.

12. Approche méthodologique de l'interprétation de la règle de droit[33]. Plusieurs méthodes coexistent. Les *textualists* donnent la priorité aux textes pertinents dans l'interprétation des lois. Les *intentionnalists* soutiennent que le rôle principal de l'interprète est de déterminer les intentions du législateur. Un courant important de *l'intentionnalism*, le *purposivism*, considère que les interprètes doivent « *décider quel objectif doit être attribué à la loi et à toute disposition subordonnée de celle-ci qui peut être impliquée* » en supposant que le corps législatif était composé de « *personnes raisonnables poursuivant raisonnablement des objectifs raisonnables* »[34]. Selon Posner, le *pragmatism* recherche « *la meilleure décision en tenant compte des besoins présents et futurs, et ne considère donc pas le maintien de la cohérence avec les décisions passées comme une fin en soi, mais seulement comme un moyen d'obtenir les meilleurs résultats dans le cas présent* »[35]. Les praticiens sont généralement *pluralists :* ils combinent des sources, des méthodes et des modes de raisonnement différents.

13. L'originalisme et les textes vivants. L'*originalism* est un terme générique pour les méthodes d'interprétation s'appuyant sur l'idée que le contenu sémantique d'un

---

[30] Greenberg, Mark, "Legal Interpretation", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

[31] Berman, Mitchell N., and Toh, Kevin, 2013, "On What Distinguishes New Originalism from Old: A Jurisprudential Take," Fordham Law Review, 82 (2): 545–576.

[32] Un mouvement récent distingue l'adjudication de l'interprétation : Lawson, Gary, 2017, "Did Justice Scalia Have a Theory of Interpretation?," Notre Dame Law Review, 92 (5): 2143–2162.

[33] Il s'agira uniquement de résumer brièvement et non exhaustivement les différents types d'approches de l'interprétation.

[34] Hart, Henry M., and Sacks, Albert M., 1994, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law.*

[35] Richard Posner, 1998, "Pragmatic Adjudication," in M. Dickstein (ed.), The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture, Durham, NC: Duke University Press, pp. 235–253.

énoncé est fixé au moment où il est prononcé[36]. Elle renvoie ainsi à des méthodes textualistes comme intentionnalistes. Par exemple, la théorie de *original intent* affirme que l'interprétation d'une constitution écrite doit être conforme à l'intention de ceux qui l'ont rédigée et ratifiée[37]. La théorie de l'*original meaning*, selon laquelle l'interprétation d'une constitution ou d'une loi écrite doit se fonder sur ce que des personnes raisonnables vivant au moment de son adoption auraient compris comme étant le sens ordinaire du texte (*public meaning*), a notamment été développée sous la plume des juges Barrett, Thomas et Scalia[38]. Le non-originalism et le living constitutionnalism sont des termes génériques désignant l'ensemble des approches niant que l'interprétation correcte de la Constitution est fixée au moment de la ratification : le pluralisme, le pragmatisme ou encore la thèse de Ronald Dworkin du law as integrity.

14. L'originalisme est directement remis en cause par le paradoxe de Kripkenstein, en raison des caractéristiques précédemment exposées du jeu de langage juridique, qui en font par essence une interprétation *vivante*.

---

[36] Solum L., 2008, « Semantic Originalism », Illinois Public Law Research Paper No. 07-24

[37] Raoul Berger. "Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment - Online Library of Liberty"

[38] Récemment, le new originalism, développant l'idée du critère du public meaning, viennent distinguer interprétation constitutionnelle (détermination du sens public) et construction constitutionnelle (adjudication constitutionnelle lorsque le sens original s'épuise. Whittington, Keith. E., 2004, "The New Originalism," Georgetown Journal of Law & Public Policy, 2 (2): 599–614

2 - Le droit comme jeu de langage non-coopératif

15. Jeux de langages et évolution du sens du *sens*[39]. Pour Wittgenstein, l'utilisation du terme de jeu de langage « *soll hier hervorheben, daß das Spre chen der Sprache ein Teil ist einer Tätigkeit, oder einer Lebensform* »[40]. Ainsi, une caractéristique centrale des jeux de langages est que le langage est utilisé dans un contexte et qu'il ne peut être compris en dehors de ce contexte. Wittgenstein affirme ainsi que le sens d'un mot est basé sur la façon dont ce mot est compris dans le jeu de langage. Il considère, en rupture avec l'approche du *Tractatus*, que le sens d'un nom est son *usage sémantique*[41]. Selon cette approche holiste anthropologique[42] à rebours du réalisme platonicien[43] ou de l'approche frégéenne du *Sens et de la Dénotation*[44], les mots ne sont pas définis par référence aux objets qu'ils désignent, ni par les représentations mentales qu'on pourrait leur associer, mais par la façon dont ils sont utilisés.

Développant l'approche augustinienne du langage, Wittgenstein définit non-exhaustivement par une liste de pratiques sémiotiques les jeux de langages au paragraphe 23 des *Investigations philosophiques*:

> *« Befehlen, und nach Befehlen handeln; Beschreiben eines Gegenstands nach dem Ansehen, oder nach Messungen; Herstellen eines Gegenstands nach einer Beschreibung (Zeichnung); Berichten eines Hergangs; Über den Hergang Vermutungen anstellen; Eine Hypothese aufstellen und prüfen; […]; Bitten, Danken, Fluchen, Grüssen, Beten »*[45].

---

[39] Il est impossible de résumer ici complètement l'approche du deuxième Wittgenstein du langage. Le lecteur pourra se référer à *Wittgenstein: the way out of the fly bottle*, de Severin Schroeder.

[40] Wittgenstein, Ludwig (1953). Philosophical Investigations, op cit. pp. § 23.

[41] Sylvain Auroux, Jacques Deschamps, Djamel Kouloughi, La philosophie du langage, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 259

[42] Nicholas Bunnin, Jiyuan Yu (2008), The Blackwell Dictionary of Western Philosophy, entrée pour *anthropological holism* p.34

[43] Sedley, D.N. (2003). Plato's Cratylus (7th ed.). Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.

[44] Frege, Friedrich Ludwig Gottlob (1892). Über Sinn und Bedeutung. Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, 100 (pp. 22-50).

[45] Philosophical Investigations, op.cit.

L'approche par le *jeu de langage* est une manière d'envisager ces pratiques comme des opérations régies par un ensemble de concepts discrets que l'analyse doit chercher à exprimer. Que le langage y joue un rôle central ou non, nos pratiques sémiotiques peuvent être considérées comme guidées par des règles. Il ne s'agit pas d'actions aléatoires ni de mots prononcés au hasard, mais d'actions qui doivent leur légitimité, leur pertinence et même leur existence à un ensemble de règles déterminant leur utilisation.

16. Le droit comme jeu de langage. L'ordre et l'obéissance à l'ordre sont désignés explicitement comme un jeu de langage : « *Befehlen, und nach Befehlen handeln*[46] ». Jeu de langage prescriptif pour les justiciables, et descriptifs pour les juges, le droit présente une nature particulière.

17. Le droit comme jeu de langage non-coopératif entre tous les agents. La théorie gricéenne de la *compréhension* par la *coopération* des joueurs[47] ne s'applique pas au jeu de langage juridique. Marmor a fait valoir que la pragmatique du langage juridique est unique, les considérations pragmatiques jouant un rôle très nettement moindre en droit que dans d'autres contextes : « *Dans les conversations ordinaires, l'enrichissement pragmatique est la norme, pas l'exception ; dans le droit écrit, c'est l'exception*[48] ». Selon lui, les *maximes gricéennes* de la conversation, dérivées d'un principe général de coopération, ne s'appliquent pas directement à la communication législative, car celle-ci est *stratégique* plutôt que *coopérative*[49].

---

[46] *Ibid*

[47] Grice, H. Paul, 1968, "Utterer's Meaning, Sentence Meaning, and Word-Meaning," Foundations of Language, 4 (3): 225–242

[48] Marmor, Andrei, cité par Greenberg, *op. cit.*

[49] Par exemple, chaque partie aura intérêt à proposer une interprétation du contrat litigieux l'avantageant.

18. Le droit comme jeu de langage coopératif entre les juges. Le rôle des tribunaux est conséquemment de créer une structure d'interprétation coopérative, pour assurer l'unité du droit. « *Leur rôle dans le système est le substrat d'un principe de coopération qui a une signification encore plus profonde dans le fonctionnement d'un système juridique, que le principe de coopération de Grice dans la conversation ordinaire*»[50]. C'est donc le juge, architecte monopoleur de l'interprétation, qui doit être considéré.

[50] *Ibid*.

B - Le paradoxe du suivi des règles de Wittgenstein

L'interprétation sceptique de Kripke des travaux de Wittgenstein sur le paradoxe du suivi des règles (1) posent l'interprétation comme déterminant fondamental du sens des expressions linguistiques : le *rule of law* est conséquemment irréalisable, face à la dépossession des législateurs de leur pouvoir normatif au profit du juge (2).

1 - Le respect des règles et le paradoxe de Kripkenstein.

19. Le paradoxe du respect des règles. Wittgenstein déduit de son approche du langage le paradoxe du suivi des règles :

> « *Unser Paradox war dies: eine Regel könnte keine Handlungsweise bestimmen, da jede Handlungsweise mit der Regel in Übereinstimmung zu bringen sei. Die Antwort war: Ist jede mit der Regel in Übereinstimmung zu bringen, dann auch zum Widerspruch. Daher gäbe es hier weder Übereinstimmung noch Widerspruch »*[51].

20. Kripkenstein. Ce paragraphe fait l'objet d'une interprétation particulière par Saul Kripke, qui l'expose ainsi dans son travail séminal de 1982, *Wittgenstein on Rules and Private Language*[52]. Kripke développe un type particulier de scepticisme à l'égard des règles et souligne la nature communautaire de l'utilisation du langage comme fondement de la signification : *le paradoxe du suivi des règles de Wittgenstein*.

21. Notons néanmoins que la paternité de cette approche est débattue. Baker, Hacker[53], McGinn[54] et McDowell[55] y voient par exemple une interprétation

---

[51] Wittgenstein, Investigations Philosophiques, op. cit. §201, 1.

[52] Kripke, Saul (1982). Wittgenstein on Rules and Private Language. Harvard University Press.

[53] Gordon Baker; Peter Hacker (March 1984). "On Misunderstanding Wittgenstein: Kripke's Private Language Argument".

[54] "Wittgenstein, Kripke and Meaning: Review of "Wittgenstein on Meaning" by Colin McGinn"

[55] John McDowell (1984). "Wittgenstein on Following a Rule". Synthese. 58

radicalement erronée du paragraphe 201 des *Considérations Philosophiques*. D'autres[56], au contraire, arguent de la fidélité de cette interprétation. Mais Kripke n'a nullement prétendu expliquer Wittgenstein :

> « *In the following, I am largely trying to present Wittgenstein's argument, or, more accurately, that set of problems and arguments which I personally have gotten out of reading Wittgenstein*»[57].

Le présent travail ne portant pas sur la pluralité d'interprétations des travaux de Wittgenstein dans le champ de la philosophie du langage, mais sur l'influence différenciée de ces interprétations sur la *pensée* et la *pratique* de l'interprétation de la règle de droit, nous éluderons ce problème en évoquant, à la suite de la littérature[58], le paradoxe de Kripkenstein.

22. L'énoncé du paradoxe par Saul Kripke. Supposons que vous n'ayez jamais additionné de nombres supérieurs ou égaux à 57. On vous demande d'effectuer le calcul 68 + 57. Intuitivement, on s'attendrait à ce que vous répondiez 125. Mais imaginez maintenant qu'un sceptique arrive et affirme, d'une part, qu'il n'y a aucun fait concernant votre utilisation passée de la fonction d'addition qui détermine que 125 est la bonne réponse; et, d'autre part, que rien ne justifie cette réponse plutôt qu'une autre. Après tout, par hypothèse, vous n'avez jamais additionné de nombres supérieurs à 57 auparavant. Il est parfaitement cohérent avec votre utilisation précédente de *plus* que vous vouliez dire *quus*, défini comme *:*

$$x \text{ quus } y = \begin{cases} x + y & \text{for } x, y < 57 \\ 5 & \text{for } x \geq 57 \text{ or } y \geq 57 \end{cases}$$

---

[56] Martin Kusch (2006). A Sceptical Guide to Meaning and Rules: Defending Kripke's Wittgenstein. Montreal: McGill-Queen's University Press.

[57] Kripke, Wittgenstein on Rules and Private Language, op. cit, p.5

[58] Carrie Ichikawa Jenkins, 2011, "Kripkenstein and the Cleverly Disguised Mules". Analytic Philosophy. 52 (2)

Votre utilisation passée de la fonction d'addition est susceptible d'un nombre infini d'interprétations différentes de type *quus*. Il semble que chaque nouvelle application de *plus*, au lieu d'être régie par une règle sans ambiguïté, soit en fait un « *saut dans le vide* ».

23. Dès lors, par généralisation, Kripke conclut qu'il n'y aurait pas de faits qui déterminent ce qui est considéré comme le fait de suivre une règle. L'indétermination linguistique serait donc totale. L'interprétation donnée serait la seule composante de la signification des expressions linguistiques. Cette approche induit un scepticisme dramatique : il semblerait que le sens n'existe pas.

24. Apparence épistémique et réalité métaphysique. L'approche de Kripke est réminiscente du problème de l'induction de Hume[59]. Cependant, le questionnement exposé est d'avantage métaphysique, même s'il comporte une condition épistémologique - « *[T]here is a condition that any putative candidate for such a fact must satisfy. It must, in some sense, show how I am justified in giving the answer 125 to 68 + 57* »[60]. En effet, « *What [Kripke] wants to show is that there is no fact of the matter about what I mean by my words, and therefore no fact of the matter about what is the right answer to any question* »[61].

25. Absence de solution directe[62] selon Kripke. À la suite de Hume, Kripke distingue deux types de solutions aux paradoxes sceptiques. Les *solutions directes* dissolvent les paradoxes en rejetant certaines des prémisses qui y conduisent. Les *solutions sceptiques* admettent le paradoxe, mais soutiennent qu'il ne doit pas ébranler nos croyances et pratiques ordinaires. Kripke rejette l'entièreté des solutions directes

---

[59] David Hume (1910) [1748]. An Enquiry concerning Human Understanding. P.F. Collier & Son

[60] Kripke, Wittgenstein on Rules and Private Language, op. cit, p.11.

[61] Michael Morris, Introduction to the Philosophy of language, Cambridge University Press (December 25, 2006), p. 275.

[62] D'autres lectures de Wittgenstein, dont certaines sont discutées infra, admettent des solutions directes, notamment l'anti-réalisme de McDowell.

qu'il avait envisagé, notamment celle de l'approche dispositionnelle du langage. Il est possible de *prédire* comment seront utilisés les mots, mais il est impossible de *justifier* une utilisation particulière. Le problème est essentiellement d'ordre normatif. Le fait qu'un locuteur suive correctement une règle n'est justifié par aucun fait établi à partir de la relation entre l'application proposée de la règle dans un cas particulier par le candidat se voulant suiveur de la règle[63] et la règle putative elle-même.

26. La solution sceptique[64] au paradoxe de Kripkenstein. Pour Kripke, la solution sceptique est exposée au paragraphes 202 des *Considérations Philosophiques* : « *Darum ist « der Regel folgen » eine Praxis. Und der Regel zu folgen glauben ist nicht: der Regel folgen. Und darum kann man nicht der Regel « privatim » folgen, weil sonst der Regel zu folgen glauben dasselbe wäre, wie der Regel folgen* ». L'affirmation *la règle est suivie* serait justifiée par le fait que l'instance candidate réponde aux attentes des autres participants au jeu de langage. Autrement dit, la solution sceptique est une *solution communautaire* : une proposition n'a aucune condition de *vérité*. Elle n'a que des conditions d'*assertivité*, qui sont déterminées par le fait que l'instance candidate correspond ou non à l'utilisation et à l'acceptation hypothétique de ses termes par les membres de la communauté considérée.

Cependant, en raison de la particularité du jeu de langage du droit et de la communauté y étant afférente, cette solution ne semble pouvoir y être appliquée *ceteris paribus*.

---

[63] Ci-après, « instance candidate »

[64] Le fait que la solution ne soit pas basée sur un fait concernant une instance particulière de suivi de règle putatif - comme ce serait le cas si elle était basée sur un état mental de signification, d'interprétation ou d'intention - montre que cette solution est sceptique dans le sens spécifié par Kripke.

2 - Le monopole du juge-interprète et l'impossibilité du *rule of law*

L'application directe de la solution sceptique au paradoxe de Kripkenstein au jeu de langage rend impossible l'effectivité du *rule of law* en changeant l'identité du titulaire du pouvoir normatif.

27. Il découle directement du paradoxe de Kripkenstein qu'il n'y aurait pas de faits qui déterminent ce qui est considéré comme suivre une règle. L'indétermination linguistique est totale. Conséquemment, l'interprétation est nécessaire car les règles juridiques exprimées n'ont pas de signification déterminée. Elles ne peuvent donc pas déterminer leur propre application correcte. Selon la terminologie de John McDowell, ces règles, par elles-mêmes, ne peuvent pas avoir de « *portée normative* ». Deux corollaires en découlent.

28. Une solution sceptique communautaire particulière. La structure de la communauté de joueurs, fortement hiérarchisée par les mécanismes d'appel et de pourvoi, transforme la solution sceptique communautaire majoritaire en solution sceptique communautaire oligarchique, les joueurs siégeant à la Cour suprême décidant *in fine* des conditions d'assertivité des instances candidates au jeu du droit.

29. Une solution sceptique impliquant l'impossibilité de l'effectivité du *rule of law*. Les juges étant détenteurs du monopole du pouvoir interprétatif en tant que communauté du jeu de langage de l'application du droit, ce sont nécessairement des considérations extérieures aux textes et au droit[65] qui déterminent le contenu du droit. Basé sur le concept de *precedent*, d'unité de droit et de séparation des pouvoirs, le *rule of law* en tant que soumission des justiciables à des lois déterminées, non-arbitraires et identiques ne peut dès lors être effectif. En effet, comme le relevait Singer, « *Determinacy is necessary to the ideology of the rule of law, for both theorists and judges. It is the only way judges can appear to apply the law rather than make it. Determinative rules and arguments are desirable because they restrain arbitrary*

[65] La règle d'interprétation étant elle même une règle à interpréter, l'idée de *guidelines* est soumise au même paradoxe dans une récession infinie.

judicial power. [If legal reasoning is indeed indeterminate, then] the question is whether it is possible to set up a legal system based on the rule of law. If legal reasoning is […] indeterminate, there are no objective limits on what judges or other governmental officials can do. Thus the goal of constraining government or regulating interpersonal conduct by previously knowable general rules seems impossible »[66].

L'interprétation par Kripke de Wittgenstein semble ainsi annoncer le triomphe inéluctable d'un mouvement doctrinal états-unien controversé grâce à la force de son argument sceptique : le *legal realism*.

[66] Joseph William Singer, The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory, 94 YALE L.J. 1 (1984)

II. Wittgenstein selon le droit : un problème d'interprétation

Dans le cadre de leur pratique et de leurs réflexions sur l'interprétation de la norme de droit, les juges (A) comme la doctrine (B) ont majoritairement déformé par leurs interprétations le sens des travaux de Wittgenstein.

A - Pratiquer l'interprétation de la règle de droit par l'interprétation de Wittgenstein

30. Nous avons répertorié 44[67] décisions des juridictions américaines évoquant Ludwig Wittgenstein. Si, quantitativement, l'influence des travaux de Wittgenstein est en conséquence faible, ces derniers semblent de surcroît être qualitativement déformés en raison des modalités de leur mobilisation. Cité dans des décisions, le nom de Wittgenstein, encensé (1) ou méprisé (2), ne fait souvent que dissimuler un argument d'autorité rattaché à des considérations étrangères à ses réflexions sur l'interprétation. Les mobilisations pertinentes restent rares et discutées (3). Nous considérerons un échantillon de décisions représentatives de ces trois mouvements.

---

[67] United States v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1978); Wansing v. Hargett, 341 F.3d 1207 (10th Cir.), cert. denied, 124 S.Ct. 960 (2003); United States v. Siddiqi, 959 F.2d 1167 (2d Cir. 1992); United States v. Hubbell, 167 F.3d 552 (D.C. Cir. 1999); Lough v. Brunswick Corp., 103 F.3d 1517 (Fed. Cir. 1997); Bunnell v. Sullivan, 947 F.2d 341 (9th Cir. 1991); Cont'l Can Co., Inc. v. Chicago Truck Drivers, Helpers & Warehouse Workers Union (Indep.) Pension Fund, 916 F.2d 1154 (7th Cir. 1990); Stevens v. Tillman, 855 F.2d 394 (7th Cir. 1988); Application of Dow Jones & Co., Inc., 842 F.2d 603 (2d Cir. 1988); In re Erickson, 815 F.2d 1090 (7th Cir. 1987); United States v. Here- dia-Fernandez, 756 F.2d 1412 (9th Cir. 1985); United States v. Chagra, 669 F.2d 241 (5th Cir. 1982); Ass'n of Am. Publishers, Inc. v. Governors of United States Postal Service, 485 F.2d 768 (D.C. Cir. 1973); Welsh v. United States, 404 F.2d 1078 (9th Cir. 1968); PSI Energy, Inc. v. United States, 59 Fed. Cl. 590 (Fed. Cl. 2004); Padilla v. Rumsfield, 243 F. Supp. 2d 42 (S.D.N.Y. 2003), remandedby Padilla v. Rumsfield, 352 F.3d 695 (2d Cir. 2003), rev'd and remandedby Rumsfeld v. Padilla, 124 S.Ct. 2711 (2004); Bostic v. AT&T of Virgin Islands, 166 F. Supp. 2d 350 (D.V.I. 2001); Weigand v. Village of Tinley Park, 114 F. Supp. 2d 734 (N.D. Ill. 2000); Wynn ex. reL Ala- bama v. Phillip Morris, Inc., 51 F. Supp. 2d 1232 (N.D. Ala. 1999); Hosiery Corp. of Am., Inc. v. Int'l Data Processing, Inc., 1991 WL 30015 (D.N.J., Feb. 28, 1991); Spicer v. Chicago Bd. Options Exch., Inc., 1990 WL 172712 (N.D. IllO.,ct. 30, 1990); United States v. Huss, 726 F. Supp. 1140 (N.D. Ill1.989); Kendall McGaw Laboratories, Inc. v. Cmty. Mem'l Hosp., 125 F.R.D. 420 (D.N.J.) 1989); Ortiz v. Bank of America, 547 F. Supp. 550 (E.D. Ca. 1982); Harris v. Tomczak, 94 F.R.D. 687 (E.D. Ca. 1982); Crown Zellerbach Corp. v. Marshall, 441 F.Supp. 1110 (E.D. La. 1977); In re Bruzzese, 214 B.R. 444 (Bankr. E.D.N.Y. 1997); State v. Veilleux, 859 So. 2d 1224 (Fla. Ct. App. 2003); Gulf Ins. Co. v. Noble Broad., 936 S.W.2d 810 (Mo. 1997) (Robertson, J., dissenting); Gatto v. Bd. of Zoning Appeals, 1997 WL 566048 (Conn. Super Ct. Sept. 3, 1997); People v. Fabris, 37 Cal. Rptr. 2d 667 (Cal. Ct. App. 1995); Lerner v. Ward, 16 Cal. Rptr. 2d 486 (Cal. Ct. App. 1993); Taggart v. State, 822 P.2d 243 (Wash. 1992); State v. Lord, 822 P.2d 177 (Wash. 1991); Jackson v. Rogers & Wells, 258 Cal. Rptr. 454 (Cal. Ct. App. 1989); Perry v. Robertson, 247 Cal. Rptr. 74 (Cal. Ct. App. 1988); Nat'l Auto. & Cas. Ins. Co., Inc. v. Contreras, 238 Cal. Rptr. 627 (Cal. Ct. App. 1987); People v. Rogers, 217 Cal. Rptr. 809 (Cal. Ct. App. 1985); Young Life Campaign v. Patino, 176 Cal. Rptr. 23 (Cal. Ct. App. 1981); Boston Safe Deposit & Trust Co. v. Fleming, 279 N.E.2d 342 (Mass. 1972). People v. Aston, 154 Cal. App. 3d 818, (retirée), 208 Cal. Rptr. 754 (Cal. Ct. App. 1985); People v. Cooke, 182 Cal. Rptr. 217 (Cal. Ct. App. 1982), (retirée). Bostock v. Clayton County, Board of Commissioners, 140 S. Ct. 1731 (2020).

1 - Wittgenstein méprisé

31. La *discussion* par le juge de district Clarkson S. Fisher dans *Kendall McGaw Laboratories Inc. v. Community Memorial Hospital* est symptomatique des représentations ignorantes, déformées - et presque mesquines - de la philosophie de Wittgenstein par certains juges.

En l'espèce, un vendeur intente une action contractuelle contre un acheteur. La responsabilité (*liability*), cependant, n'avait pas été établie. Sur des requêtes croisées pour un jugement sommaire partiel, le tribunal de district les déboute de leur demande quant à la mesure appropriée des dommages. Le tribunal motive ainsi son rejet de la requête du demandeur :

> « *The thrust of this law is to prohibit the type of motion before the court. A Rule 56 movant may not « play leapfrog » with his case by seeking a decision whose validity depends on one or more unresolved issues. To allow another result would ignore the chronological structure of trial practice. Just as the events which produce litigation move forward in time, so must the litigation itself. A different arrangement would run the law into conceptually-backward nonsense; damages do not bring forth liability any more than an injury produces a duty. In this regard the court, like the law, will follow Aristotle rather than Wittgenstein* ».

Nonobstant la légalité du dispositif, le motif contient des erreurs grossières. D'abord, le juge lit erronément Wittgenstein, en considérant qu'il apporte une nouvelle conception de la logique se substituant pleinement - et non complétant sans invalider[68] - la logique traditionnelle aristotélicienne. Ensuite, le juge se méprend sur le sens du *sens* chez Wittgenstein, qui considérerait que « *the use of liability and of injury in the language game of law is prior to the use of damages and duty, and that to talk otherwise*

[68] Tout du moins sur le point considéré.

is to not understand the grammar of the terms »[69]. Surtout, la référence à Wittgenstein n'éclaire ni ne soutien le dispositif. Inutile, elle ne fait qu'énoncer, attaque *ad personam*, dédain et mépris pour un philosophe caricaturé que le juge semble ne pas avoir lu.

32. D'autres formes d'incompréhensions réductrices et caricaturales, peut-être moins méprisantes, constituent la plupart des citations de Wittgenstein. Récemment, dans une décision en date du 15 juin 2020 de la Cour Suprême des États-Unis, *Bostock v. Clayton County, Board of Commissioners,* Justice Alito (*dissenting*) argue, en renvoyant :

> *« Consequently, "[s]licing a statute into phrases while ignoring . . . the setting of the enactment . . . is a formula for disaster." Ibid.; see also* Continental Can Co. v. Chicago Truck Drivers, Helpers and Warehouse Workers Union (Independent) Pension Fund, 916 F. 2d 1154, 1157 (CA7 1990) *("You don't have to be Ludwig Wittgenstein or Hans-Georg Gadamer to know that successful communication depends on meanings shared by interpretive communities")».*

En définitive, l'influence de Wittgenstein est non seulement quantitativement négligeable, elle semble être qualitativement nulle : la plupart des références ne discutent ni n'exposent sa pensée. Se contentant de le méprendre et de le caricaturer, dans une forme tantôt involontaire, tantôt consciente de mépris, il ne s'agit là que d'une déclinaison classique d'un argument d'autorité qui n'est pas propre à Wittgenstein.

[69] Markell, op. cit.

2 - Wittgenstein encensé

Un mouvement analogue, contraire dans sa finalité mais identique quant à ses effets, est également observé.

33. Par exemple, dans *People v. Fabris*, Blease, *acting P. J.*, motive ainsi une décision :

> *« The opinion is criticized in People v. Glover (1991) 2 […] The criticism is misinformed : The opposition to Stonewall F. is refractory because it rests on unexamined and mistaken assumptions. "*We must begin with the mistake and transform it into what is true. [¶] That is, we must uncover the source of the error; otherwise hearing what is true won't help us. It cannot penetrate when something is taking its place. [¶] To convince someone of what is true, it is not enough to state it; we must find the road from error to truth.*" (Wittgenstein, Remarks on Frazer's Golden Bough (Rhees ed. 1979) p. 1e.) Stonewall F., supra, does not characterize arson as a specific intent crime and expressly eschews resolution of the issue. (See 208 Cal.App.3d at p. 1064, fn. 8.) »*

Ici, un des aphorisme de Wittgenstein est extrait de son contexte pour justifier par voie d'autorité - en grossissant les traits-, que pour convaincre quelqu'un qu'une proposition est vraie, mieux vaut le démontrer.

34. Similairement, dans l'arrêt *United States v. Ceccolini* de la Cour suprême, *Chief Justice* Burger énonce :

> *« Even if we suppose that the officer suspects that his illegal actions will produce a lead to a witness, he faces the intractable problem of understanding how valuable that person will be to his investigation. As one philosopher has aptly stated the matter,* "[t]he freedom of the will consists

in the impossibility of knowing actions that still lie in the future." *L. Wittgenstein, Tractatus Logico-Philosophicus, 5.1362 ».*

Ici, la pensée du premier Wittgenstein est utilisée en guise de pseudo-démonstration par voie d'autorité d'une conception épistémique de la liberté, alors même qu'il aurait été bien plus pertinent de la rattacher à des auteurs bien antérieurs[70] et, surtout, de *motiver* cette conception autrement que par la citation.

35. Dans les deux cas, les juges considèrent bien plus l'autorité attachée au nom de Wittgenstein pour se dispenser de l'effort d'une démonstration que pour ses idées ou pour ses travaux dans le champ de la philosophie sur le paradoxe du suivi des règles, le sens et l'interprétation. Le résultat est analogue à celui évoqué aux points 31 et 32.

[70] Par exemple, *Correspondance*, de Spinoza, Lettre 58 à Schuller, 1674, traduction M. Rovere, éditions Garnier- Flammarion, 2010, p. 318-319

3 - Wittgenstein discuté

Cependant, quelques décisions font preuve d'une démarche sincère de réflexion sur les apports de Wittgenstein quant à l'interprétation[71] de la règle de droit à des fins démonstratives. Le juge californien Blaise l'exempifie.

36. Dans *National Auto. & Casualty Ins. Co. v. Contreras,* la question de droit concerne la qualification d'une camionnette comme véhicule privé (*private passenger car*) dans le cadre de la couverture d'une police d'assurance particulière. Il répond par la négative en raison des considérations suivantes :

> « *What is a simple matter of linguistic practice may not be easily explained.... Perhaps, '[o]ur disease is one of wanting to explain.' (Wittgenstein, Remarks on the Foundations of Mathematics (rev. ed. 1978) p.333) One cure for the disease lies in the recognition that we sometimes define a term, not by an essential property (common to all of its applications) which captures its essence, but ostensively (by showing samples of the term), because that is how we learned its meaning. A sample embodies a concept, and hence a definition of that sampled, because we use it (symbolically) as a model or exemplar of the concept and not the thing itself. This could be viewed analogously as a common law of language usage.... We ordinarily learn the concepts of cars and trucks in this manner. A difficulty may arise when a hybrid or unusual case is presented which does not conform to the samples by which we acquired our conceptual knowledge. 'It is only in normal cases that the use of a word is clearly prescribed; [ ] the more abnormal the case, the more doubtful it becomes what we are to say.' (Wittgenstein, Philosophical Investigations (3d ed. 1958) § 142.) […]. The fact that we define some words in... [an ostensive] manner does not necessarily rule out definitional explanations of a*

[71] D'autres existent concernant des questions différentes, notamment sur la possibilité de douter du ressenti la douleur par le juge Nelson dans *Heredia-Fernandez*. Nous nous concentrerons ici sur les travaux relatifs à la nature du sens plus que ceux relatifs aux sensations privées.

descriptive type. The danger is that some singular property might be seized upon as the essential characteristic of the word. The semantic antidote requires a more elaborate descriptive apparatus than is generally recognized, one which is aimed at revealing the multiplicity of (sometimes disparate) circumstances to which a word may be applied. What is likely to be discovered by this kind of explanatory effort is the subtlety of our language practices, by which the play of the language is revealed (shown) only within the particular circumstances in which it is used. ».

Ici, la détermination du sens se fait à la fois en fonction de l'usage et du contexte de l'usage, puisqu'il se tourne vers la politique d'assurance pour achever son travail de définition. Le vocabulaire spécifique wittgensteinien - jeu de langage, etc…- est utilisé. En l'occurence, la démarche semble plutôt symptomatique de la conception wittgensteinienne du langage, qui n'est plus seulement citée mais activement utilisée.

37. Néanmoins, comme l'illustre Markell[72], l'utilisation de Wittgenstein par *Justice* Blaise est parfois discutable. Dans *Perry v. Robertson,* quant aux deux issues d'une question sur la possibilité d'un recouvrement de frais d'avocat, il note *: « Whether the tort-contract action is the one or the other is purely one of legal perspective. This is analogous to the example of the line drawing which could be seen either as a duck or as a rabbit, a duck-rabbit, at the will of the viewer. (Wittgenstein, Philosophical Investigations (Blackwell ed. 1953) Part II, p.194e) ».* Or Wittgenstein semble ici plutôt vouloir insister sur la nature non biologique, non psychologique mais également non arbitraire de l'animal perçu, qui serait une fonction de l'état de maîtrise et d'acquisition du langage. Ici, seule la volition est considérée.

En définitive, malgré quelques cas isolés, Wittgenstein semble être réduit à une autorité dispensant de démonstration. Son impact sur la pratique de l'interprétation de la règle de droit est négligeable, malgré ses idées centrales dans l'appréhension et l'interprétation de la règle de droit par la doctrine.

---

[72] Markell, op. cit.

B - Penser l'interprétation de la règle de droit par l'interprétation de Wittgenstein.

L'analyse de la pluralité des fonctions (1) comme des interprétations (2) de Wittgenstein dans le champ doctrinal juridique révèle un non-épuisement de ses apports potentiels (3).

1 - Wittgenstein dans le champ juridique : de l'intégration à l'information

38. Pluralité des fonctions. Comme le relève Markell[73], la doctrine anglo-saxonne, notamment américaine, a à la fois tenté d'*intégrer* Wittgenstein à la pratique du droit et tenté d'*informer* la pratique du droit des apports de Wittgenstein, avec un succès variable selon la finalité considérée.

39. L'intégration de Wittgenstein au droit. Les tentatives d'intégration de la pensée de Wittgenstein au droit sont souvent maladroites et symptomatiques de son incompréhension. Par exemple, le brillant ouvrage du professeur Dennis Patterson *Good Faith and Lender Liability : Toward a Unified Theory* est une tentative d'utilisation de la philosophie de Wittgenstein pour faire avancer l'état de la théorie du droit commercial. Patterson y affirme que la notion de *good faith* inclut « *the notion of reasonable expectations against the background of ongoing practices* ». À cet effet, il utilise à la fois la notion de *meaning* et de *rule-following* chez Wittgenstein.

40. Une intégration défectueuse. Mais, comme le démontre Markell[74], il réalise une lecture défectueuse de Wittgenstein qui vicie son raisonnement. D'abord, il intègre une approche psychologisante du suivi de la règle et place l'intention au centre de sa lecture. Mais, ce faisant, il aboutit à une confusion du suivi d'une règle du jeu de langage et du suivi d'une règle de droit. Ensuite, « *he fails to account sufficiently for legal structure to profitably transport his philosophical analysis from philosophy to*

---

[73] Bruce A. Markell Bewitched By Language: Wittgenstein and the Practice of Law, op.cit.

[74] *Ibid*.

law[75] ». Enfin, sa méthode et sa finalité vont à l'encontre de l'approche wittgensteinienne, en ce qu'il déduit de l'approche *descriptive* du *sens* en tant qu'usage une assimilation *normative* du *sens* à l'intention et aux *reasonable expectations* pour affecter le contenu du droit. Pourtant, « *Die Philosophie darf den tatsächlichen Gebrauch der Sprache in keiner Weise antasten, sie kann ihn am Ende also nur beschreiben. Denn sie kann ihn auch nicht begründen. Sie läßt alles, wie es ist»*[76]. Ainsi, la plupart des approches intégratives de Wittgenstein, notamment en raison de leurs velléités normatives, résultent souvent de lectures erronées.

41. L'information du droit par Wittgenstein. Cependant, Wittgenstein a indubitablement un rôle à jouer dans de la pratique du droit, comme l'illustre un article du professeur Morawetz[77]. Ici, l'auteur propose une mobilisation non-normative de Wittgenstein lui étant bien plus fidèle, où - plutôt que de proposer un méta-schéma - il offre la description d'une pratique, et utilise cette pratique et les expériences qu'elle génère pour évaluer d'autres descriptions du droit. Les approches téléologiquement informatives de Wittgenstein en font généralement des lectures plus fidèles.

---

[75] *Ibid*.

[76] PI, op.cit. §124

[77] Morawetz, *Understanding Disagreement, The Root Issue of Jurisprudence: Applying Wittgenstein to Positivism, Critical Theory, and Judging,* U. PA. L. REv. 371 (1992)

2 - Wittgenstein dans le débat sur le réalisme : une fonction de structuration

Wittgenstein est une des figures structurantes du débat entre réalisme et anti-réalisme juridique. Il semble en effet que, fondamentalement, ce dualisme soit relatif à deux lectures du paradoxe de Wittgenstein.

42. Le réalisme juridique et la lecture sceptique de Wittgenstein. École hétérogène née[78] sous l'influence du juge Holmes[79], le *legal realism* propose une approche empirique critique des orthodoxies normativiste et positiviste. Les réalistes soutiennent que l'adjudication en *common law* est un système intrinsèquement subjectif qui produit des résultats largement basés sur les prédilections politiques, sociales et morales des juges : la règle de droit ne joue pas un rôle fondamental. Notons en conséquence que les réalistes n'arguent pas de l'indétermination ou de l'imprédictibilité des jugements, uniquement de leur illégitimité : le problème n'est pas épistémique mais métaphysique.

43. La lecture par Saul Kripke de Wittgenstein a ainsi permis un renouveau des arguments réalistes face au déclin de l'école faisant notamment suite à la publication de l'ouvrage de Hart, *The Concept of Law.* Les « nouveaux » réalistes[80] comme James Boyle[81], Mark Tushnet[82], Charles Yablon[83] ou encore Joseph Singer se basent désormais explicitement sur le paradoxe de Kripkenstein pour fonder l'indétermination du droit :

---

[78] En tant « qu'école » : l'argument préexiste et est incarné par la position de Thrasymaque dans la *République* de Platon (338c, 340d).

[79] Holmes, Jr., O.W. (1882). The Common Law (1 ed.). London: Macmillan

[80] Ahilan T. Arulanantham, Breaking the Rules?: Wittgenstein and Legal Realism, The Yale Law Journal , Apr., 1998, Vol. 107, No. 6 (Apr., 1998), pp. 1853-1883.

[81] James Boyle, The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought, 133 U. PA. L. REV. 685 (1985)

[82] Mark V. Tushnet, Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, 96 HARV. L. REV. 781 (1983)

[83] Charles M. Yablon, Law and Metaphysics, 96 YALE L.J. 613 (1987)

« *If the law is rationally indeterminate on some point, then legal reasons justify more than one decision on that point: thus we must look to additional factors to find out why the judge decided as he did* »[84].

44. L'anti-réalisme et le renouveau de la lecture de Wittgenstein. Les « anti-réalistes »[85], comme Langille[86], Marmor[87], Stone[88] ou Smith[89] s'opposent aux réalistes en arguant de leur incompréhension de Wittgenstein et de la nature erronée de la lecture sceptique de Saul Kripke. Ils reprennent pour ce faire des interprétations non-sceptiques de Wittgenstein dans le champ de la philosophie du langage, notamment celles de McDowell[90] et de Baker et Hacker[91] :

« *The strong sceptic misses the central message of the* Investigations*, a message which is not destructive of but important for law. More than anything it is the idea of language as an activity which resonates throughout the* Philosophical Investigations.... *[For] Wittgenstein, indeterminacy is not the result because our language has the « determinacy of an activity » . Nor is the lesson of the rule-following critique scepticism, but rather, insight into the idea of practice as « bedrock »* »[92].

---

[84] Brian Leiter, *Legal Realism*, in Cambridge Companion to the Philosophy of Law, 261 (J. Raz ed., 1996).

[85] Terme d'Arulanantham, *Breaking the Rules?: Wittgenstein and Legal Realism*, op. cit

[86] Brian Langille, Revolution Without Foundation: The Grammar of Scepticism and Law, 33 McGILL L.J. 451 (1988)

[87] Andrei Marmor, No Easy Cases?, in Wittgenstein and legal theory, Dennis M. Patterson ed., 1992.

[88] Stone, M., 1995, 'Focusing the Law: What Legal Interpretation is Not' in Marmor, A. (ed.), Law and Interpretation, Clarendon Press, Oxford.

[89] Gene Anne Smith, Wittgenstein and the Sceptical Fallacy, in Wittgenstein and legal theory, Dennis M. Patterson ed., 1992.

[90] McDowell, J., 1984, 'Wittgenstein on Following a Rule', Synthèse, 58: 325–363

[91] Baker, G.P. & Hacker, P.M.S., 1985, Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity, Vol. 2 of an Analytical Commentary on the Philosophical Investigations, Blackwell, Oxfor

[92] Langille, op. cit.

45. À rebours de l'interprétation de Kripke, McDowell interprète Wittgenstein comme offrant une « *solution directe* ». Kripke assimilerait malencontreusement *compréhension* et *interprétation*. La bonne réponse au paradoxe est en effet de « *corriger le malentendu sur lequel il est basé* »[93]. Les arguments sceptiques aboutissent au réalisme. Or, ces affirmations métaphysiques audacieuses sont à rebours de la conception quiétiste de Wittgenstein de la philosophie. Surtout, rendre le paradoxe du suivi des règles *réaliste* reviendrait à passer à côté du point fondamental de Wittgenstein, à savoir que le *sens* est un *usage*. Cette lecture nous parait confirmée par la suite du paragraphe 201 des *Investigations Philosophiques* :

> « *Daß da ein Mißverständnis ist, zeigt sich schon darin, daß wir in diesem Gedankengang Deutung hinter Deutung setzen; als beruhige uns eine jede wenigstens für einen Augenblick, bis wir an eine Deutung denken, die wieder hinter dieser liegt. Dadurch zeigen wir nämlich, daß es eine Auffassung einer Regel gibt, die nicht eine Deutung ist; sondern sich, von Fall zu Fall der Anwendung, in dem äußert, was wir « der Regel folgen », und was wir « ihr entgegenhandeln » nennen. Darum besteht eine Neigung, zu sagen: jedes Handeln nach der Regel sei ein Deuten. « Deuten » aber sollte man nur nennen: einen Ausdruck der Regel durch einen anderen ersetzen* ».

46. Ainsi, il semble que, fondamentalement, le débat doctrinal autour du second réalisme juridique est, au moins en partie, un débat sur l'interprétation correcte de Wittgenstein quant au paradoxe du suivi des règles.

[93] McDowell, 1998, p. 229.

3 - Wittgenstein et le débat sur le réalisme : une fonction d'inspiration

47. Les insuffisances de la théorie des anti-réalistes. Comme le note Arulanantham,

> « *While claiming that the legal realist arguments are not themselves enough to establish that legal rule following is indeterminate, Smith offers no account of how Wittgenstein's theory might be used in aid of this determinacy. Marmor's treatment in this respect is the most egregious. He moves directly from his comments on rule following in Wittgenstein to their application in law without considering that there might be important differences between Wittgenstein's theory as applied to language or mathematics and his theory as applied to law. Thus, while the anti-realists may present a compelling case against skepticism in Wittgenstein's areas of interest (mathematics and language), their arguments do not further the project of applying Wittgenstein to law* »[94].

En effet, il semble que la doctrine se contente souvent de transposer *ceteris paribus* et non *mutatis mutandis* les interprétations du champ de la philosophie du langage à la philosophie du droit, sans tenir réellement compte du particularisme de l'objet. Il est en ce sens difficile de parler « d'interprétations » de Wittgenstein par les juristes, plus que de « transposition » ou de « récupération ».

48. La spécificité du champ du droit. En effet, Wittgenstein - même dans sa lecture non-sceptique - ne peut être appliqué à des contextes riches en désaccords, comme le droit[95]. Surtout, contrairement à la plupart des autres jeux, le droit contient des mécanismes de gestion des désaccords (appels, pourvois…). Les accords interprétatifs entre juges y sont collusifs et postérieurs aux délibérations, ce qui jette

---

[94] Arulanantham, *op. cit.*

[95] cf pt.**11**

l'ombre du doute sur existence de définitions partagées d'un terme litigieux par les joueurs antérieurement au conflit.

49. En ce sens, Bix[96] est sceptique vis-à-vis de la pertinence de l'application des travaux de Wittgenstein au jeu du droit. Il considère que les conclusions que les réalistes tirent des considérations de Wittgenstein sur le respect des règles sont erronées parce que les arguments de Wittgenstein sont censés s'appliquer à des contextes où il est « *facile* » de savoir quelle est la bonne réponse, par exemple dans le cas d'une question mathématique. S'il admet ainsi que Wittgenstein a offert une explication satisfaisante dans de tels cas, il conclut que Wittgenstein lui-même a peu de leçons à donner sur la manière de fonder la *justesse* dans des contextes « *difficiles* », notamment en droit.

50. Surtout, comme le note Arulanantham, « *Correctness in law will be different in kind from correctness in other fields because law is its own « kind of language game » with its own societal functions* »[97]. Or, les réponses des anti-réalistes n'apportent pas de définition de la *justesse* (*correctness*) en droit. À notre connaissance, il n'existe aucune définition de la *justesse* en droit permettant d'y appliquer les travaux de Wittgenstein et ce travail reste à faire.

[96] Brian Bix, The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule-Following Considerations to Legal Theory, in Wittgenstein and Legal Theory, op. cit.

[97] Arulanantham, *op. cit.*

Conclusion

51. Le différentiel d'influence de Wittgenstein sur la *pensée* et la *pratique* de l'interprétation des textes de droit est donc dû, en plus des raisons traditionnelles relatives à l'herméticité du *droit* et de la *science du droit*, à la complexité de sa pensée et à l'inachèvement de sa transposition en *science du droit*.

52. D'une part, la complexité et l'hermétisme de sa pensée - au point que Russel n'avait pas compris le *Tractacus*[98]-, la rendent inaccessible en quelques lectures sans connaissance préalable en logique et en philosophie. L'oeuvre de Kripke, en raison de son style très accessible, a ainsi influencé considérablement les lectures de Wittgenstein dans le champ de la science du droit. L'approche thérapeutique, esthétique et mystique de la philosophie pour Wittgenstein, différente ontologiquement de la science, rend donc difficile sa transposition *ceteris paribus* dans le champ de la science du droit. L'application des prescriptions sur l'enseignement de la philosophie durant les études de droit du rapport *Derrida-Bouveresse* trouveraient ici tout leur sens.

53. Cette complexité ne justifie cependant pas l'inachèvement de cette transposition. Cela fait plus de quarante ans que l'article séminal de Langille a été publié, et presque trente depuis que la plupart des problèmes relatifs à la transposition de Wittgenstein dans la pratique de l'interprétation de la règle de droit ont été soulevés par Bix. Deux issues nous apparaissent.

54. Nous pouvons continuer le travail des réalistes et tenter une *résolution* du problème en élaborant une théorie de la *justesse* en droit, jeu de langage « difficile » selon Bix.

55. Nous pouvons également continuer le travail des anti-réalistes et tenter une dissolution du problème. Si le paradoxe vient à être solutionné par une solution directe, alors le problème n'existe plus. Mais même si nous admettions l'inexistence de

[98] Ludwig Wittgenstein, Carnets 1914-1916 (trad. G. G. Granger), p. 235-236

solutions directes, il faudrait néanmoins considérer que, dans l'ouvrage de Kripke, le sceptique expose son paradoxe en utilisant plusieurs itérations du terme « *terme* ». Or, pour que le paradoxe soit sensé, il faudrait que le sens de chacune de ces itérations soit le même - ce qui empêcherait de douter de la possibilité de suivre une règle en tant que telle. Conséquemment, si la conclusion du paradoxe est vraie, alors l'énonciation du paradoxe par le sceptique pourrait servir de contre-exemple à sa propre conclusion.

56. Ironiquement, la réponse au scepticisme se trouve peut-être ainsi dans le scepticisme, puisque pour douter, il faut d'abord être certain : « *But then can't it be described how we satisfy ourselves of the reliability of a calculation? O yes! Yet no rule emerges when we do so. - But the most important thing is: The rule is not needed. Nothing is lacking. We do calculate according to a rule, and that is enough* »[99]. « *The child learns by believing the adult. Doubt comes after belief* »[100].

[99] Ludwig Wittgenstein, On Certainty (Uber Gewissheit) ed. G.E.M.Anscombe and G.H.von Wright Translated by Denis Paul and G.E.M.Anscombe Basil Blackwell, Oxford 1969-1975, §46

[100] *Ibid*, §160.

Bibliographie

Ouvrages généraux

Auroux; Deschamps; Kouloughi, *La philosophie du langage*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 259

Morris, *Introduction to the Philosophy of language*, Cambridge University Press (December 25, 2006)

Ouvrages spécialisés

Baker; Hacker, 1985, *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, Vol. 2 of an Analytical Commentary on the Philosophical Investigations, Blackwell, Oxford

Bentham, 1970, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (ed.), London, The Althone Press.

Hart, 1994, *The Concept of Law*, 2nd edn., Clarendon Press, Oxford

Hart; Sacks, 1994, T*he Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury: Foundation Press.

Hume, 1748, *An Enquiry concerning Human Understanding*. P.F. Collier & Son 1910

Kripke, 1982. *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Harvard University Press

Kusch, 2006, *A Sceptical Guide to Meaning and Rules: Defending Kripke's Wittgenstein*. Montreal: McGill-Queen's University Press.

Wittgenstein, 1922. *Tractatus Logico-Philosophicus Logisch-philosophische Abhandlung*. First published by Kegan Paul (London).

Wittenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Kritisch-genetische Edition. Suhrkamp, Frankfurt am Main 2001.

Wittgenstein, *On Certainty,* ed. G.E.M.Anscombe and G.H.von Wright Translated by Denis Paul and G.E.M.Anscombe Basil Blackwell, Oxford 1969-1975, §46

Wittgenstein, *Carnets 1914-1916* (trad. G. G. Granger), p. 235-236

Articles

Arulanantham, « Breaking the Rules?: Wittgenstein and Legal Realism », The Yale Law Journal , Apr., 1998, Vol. 107, No. 6 (Apr., 1998), pp. 1853-1883.

Baker; Hacker, 1984. « On Misunderstanding Wittgenstein: Kripke's Private Language Argument » .

Biletzki, 2021, « Ludwig Wittgenstein » , The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.),

Bix, 1993, « The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule-Following Considerations to Legal Theory », in Wittgenstein and Legal Theory.

Boyle, 1985, « The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought », 133 U. PA. L. REV. 685

Dickson, « Interpretation and Coherence in Legal Reasoning », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

Endicott, « Law and Language », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.)

Frege, 1892. « Über Sinn und Bedeutung ». Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, 100 (pp. 22-50).

Grice, 1968, « Utterer's Meaning, Sentence Meaning, and Word-Meaning » Foundations of Language, 4 (3): 225–242

Jenkins, 2011, « Kripkenstein and the Cleverly Disguised Mules ». Analytic Philosophy. 52 (2)

Langille, 1988, « Revolution Without Foundation: The Grammar of Scepticism and Law » , 33 McGILL L.J. 451

Lawson, 2017, « Did Justice Scalia Have a Theory of Interpretation?," » Notre Dame Law Review, 92 (5): 2143–2162.

Leiter, « Legal Realism », in Cambridge Companion to the Philosophy of Law, 261 (J. Raz ed., 1996).

Markell, « Bewitched By Language: Wittgenstein and the Practice of Law », 32 Pepp. L. Rev. Iss. 4 (2005)

Marmor, « No Easy Cases? », in Wittgenstein and legal theory, Dennis M. Patterson ed., 1992.

McDowell, 1984, « Wittgenstein on Following a Rule ». Synthese. 58

Singer, 1984, « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory », 94 YALE L.J.1

Smith, « Wittgenstein and the Sceptical Fallacy », in Wittgenstein and legal theory, Dennis M. Patterson ed., 1992.

Solum, 2008, « Semantic Originalism », Illinois Public Law Research Paper No. 07-24

Stone,1 995, « Focusing the Law: What Legal Interpretation is Not » in Marmor, A. (ed.), Law and Interpretation, Clarendon Press, Oxford.

Tushnet, 1983, « Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles », 96 HARV. L. REV. 781

Whittington, 2004, « The New Originalism, » Georgetown Journal of Law & Public Policy, 2 (2): 599–614

Yablon, 1987, « Law and Metaphysics », 96 YALE L.J. 613