



HAL
open science

Le fondement du savoir juridique

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le fondement du savoir juridique. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2016, 2, pp.279-296. halshs-01428210

HAL Id: halshs-01428210

<https://shs.hal.science/halshs-01428210>

Submitted on 6 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le fondement du savoir juridique

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de Théorie du Droit

Sommaire. *Il est possible de fonder le savoir juridique sans définir le droit, c'est-à-dire sans s'engager dans une discussion de nature métaphysique. Pour cela, le point de départ de l'analyse sera le travail du praticien et non le concept de droit. L'intérêt d'une telle entreprise est non seulement d'établir l'existence du savoir juridique mais encore d'expliquer et de décrire les ressorts théoriques de l'activité juridique. L'argumentation, l'interprétation, la qualification et les opérations intellectuelles en droit en général reposent en dernière instance sur la règle formelle de justice. Celle-ci impose de traiter les cas semblables de façon identique. Cette règle formelle de justice constitue ainsi le fondement théorique du travail pratique en droit. Elle est à la base du métier de juriste, dont l'activité intellectuelle ne se réduit ni à de la logique formelle ni à un seul savoir-faire.*

À Christian Atias (1949-2015), Maître véritable

1. Enjeux du fondement du savoir juridique

Tout savoir affronte un jour ou l'autre la question de son propre fondement. Cette question découle de l'exigence de justification du savoir lui-même. Dans cette perspective, fonder un savoir c'est mettre hors de doute sa positivité.

Ce fondement peut prendre des formes variées. Traditionnellement, le fondement vise à déterminer les principes ultimes qui donnent à la discipline son identité, le plus souvent à l'issue d'une quête de nature métaphysique¹. Mais, plus modestement, le fondement peut simplement consister à élaborer la théorie d'une pratique². Fonder le savoir revient alors à fonder une pratique, celles des praticiens du droit. Selon cette dernière perspective, le travail des juristes pourra alors justement être expliqué à un non-praticien – c'est d'ailleurs tout l'intérêt d'une *représentation théorique* d'un tel travail. Une telle représentation permet ainsi précisément d'enseigner le droit à de futurs juristes ou de l'expliquer à des non-juristes. Mieux : elle permet au juriste de comprendre sa propre activité pour augmenter sa maîtrise, voire l'améliorer.

À rebours d'une recherche métaphysique qui se demanderait ce que serait « le Droit », nous proposons plus simplement d'essayer de comprendre d'un point

¹ M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?* PUF, trad. A. Becker et G. Granel, 1973, p.143 : « toute science repose sur des présupposés qu'on ne peut jamais fonder par les sciences, mais qu'on peut en revanche fort bien déceler philosophiquement. Toutes les sciences ont leur fondement dans la philosophie, mais non pas inversement ».

² R. Libchaber, « Le juriste et ses objets », *Enquêtes* 1998, p.251.

de vue théorique ce que « faire du droit » veut dire. Dans quelle mesure les praticiens du droit mettent en œuvre un savoir qui ne se réduit pas à un (indispensable) savoir-faire ?

Pour répondre à cette question, il faut alors distinguer nettement le savoir et la connaissance. Alors que la connaissance peut se réduire à de l'information (je sais par exemple qu'il existe telle ou telle disposition légale dans le Code civil et j'en connais même le numéro), le savoir est en revanche une forme spécifique de connaissance. Le savoir suppose précisément une structure qui en rend raison, un ensemble de principes théoriques, de méthodes et de postulats qui légitiment les contenus élaborés et produits³.

A l'aune de cette distinction, il est manifeste que le droit est encore trop souvent réduit à l'état de simple connaissance, à l'état de simple information sur le contenu du droit en vigueur à un moment donné dans un système juridique donné -- ce qu'on a pris pour habitude d'appeler « le droit positif »⁴. Si l'existence de la recherche juridique est souvent mise en doute par les profanes⁵, c'est que trop souvent le droit paraît se réduire à de l'information⁶ et tenir lieu du catalogue de ce qui est permis ou interdit.

Ainsi, l'intérêt de notre enquête devient par lui-même évident. S'enquérir du fondement du savoir juridique c'est rechercher une assise théorique pour un savoir qui, souvent, n'est pas reconnu comme tel. Dévoiler ce fondement c'est découvrir l'ossature théorique du travail pratique en expliquant pourquoi il repose sur un véritable savoir à côté d'autres disciplines comme la sociologie, l'économie, l'histoire, la physique, la biologie etc. Il ne s'agit donc pas de trouver une parure théorique pour couvrir une pratique toute nue, mais plutôt de mettre en lumière la structure théorique inhérente au travail de tout praticien.

Cependant, faut-il d'abord fonder le droit pour fonder le savoir juridique ou bien peut-on fonder le savoir juridique sans fonder au préalable le droit ? Dans cette alternative, la voie jusqu'alors principalement choisie a été de fonder le droit *pour* fonder son savoir. Cette méthode, qui est celle de Kelsen⁷, est en réalité la méthode unanimement partagée et reconnue. Le savoir sera juridique s'il porte sur un *objet* préalablement qualifié de juridique. Or c'est justement cette thèse que nous souhaitons écarter, l'idée selon laquelle une définition préalable de ce qui est

³ Ch. Atias, *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1994, p. 4 : on peut ainsi mener « l'étude des modalités selon lesquelles les assertions portant sur le droit sont fondées et produites ».

⁴ Avec toutes les réserves que peut comporter cette expression, J. Ghestin, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, n°5, p.11

⁵ J.-L. Bergel, « Regard sur la recherche en droit », *L'Homme et le droit : en hommage au professeur Jean-François Flauss*, Pedone, 2014, p.53.

⁶ H. Croze, « Le droit malade de son information », *Droits*, PUF, 1986, p.87 ; D. Bureau, N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », *Études à la mémoire du Professeur Oppetit*, Litec, 2009, p.45-71.

⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1962, n°14, p.77

« du droit » serait forcément nécessaire pour « faire du droit ». Notre étude vise bien à explorer l'autre branche de l'alternative, précisément la voie qui refuse de définir *a priori* des objets qui seraient juridiques. Ainsi, il s'agit de fonder le savoir juridique indépendamment d'une réflexion sur le fondement du droit.

Fonder le savoir juridique sans fonder le droit est une proposition qui a toutes les allures d'un paradoxe. Elle n'en constitue pourtant pas un et c'est précisément ce qu'il faut expliquer en éclairant le choix et la portée d'une telle option. A cet égard, l'identification préalable du fondement du savoir juridique est nécessaire pour analyser sa structure et sa portée.

I. – IDENTIFICATION DU FONDEMENT

2. Méthodes de fondation

Poser les fondements de l'édifice théorique du droit c'est traiter à la vérité du droit tout entier. Le droit n'est pas une entité naturelle qui existerait comme les fleurs même si, sous un certain aspect, il cherche parfois à s'inspirer de canons de beauté⁸. Il est manifeste que « le droit est humain, trop humain, pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »⁹. Pas plus que le cercle ou la droite n'existent dans le monde des faits¹⁰, le droit ne se trouve tel quel à l'état pur. Bref, le droit dépend avant tout d'une conceptualisation. Un droit qui ne pourrait être pensé existerait-il encore ? Cette question aux allures cartésiennes nous conduit pour ainsi dire droit au cœur du sujet : doit-on fonder le savoir juridique sur une définition préalable du droit ou bien peut-on le tirer de l'observation empirique et pratique ?

À la première branche de l'alternative correspond très nettement l'approche proprement théorique et spéculative. Par là, on entend une prétention à fonder le droit par la réflexion pure et par la détermination pure de son concept afin de l'appliquer par la suite aux phénomènes juridiques tels qu'ils auront été préalablement identifiés dans la réflexion théorique. Cette approche est caractéristique de toute la théorie du droit au 20^{ème} siècle. Il suffit de citer les seuls titres des œuvres de Hans Kelsen et Herbert Hart pour en donner une illustration éclatante. La *Théorie pure du droit* de Kelsen¹¹ prétend saisir le droit sans mélange avec une pratique, implicitement condamnée comme impure. *Le concept de droit* de

⁸ Ph. Jestaz, « Le beau droit », *Archives de philosophie du droit*, 1996, spéc. p.22

⁹ J. Carbonnier, *Flexible Droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, préface, p.8.

¹⁰ F. Nietzsche, *Humain, trop humain*, 1878, I, Laffont, Bouquins, 1993, § 11, p.447 : La «mathématique, (...) ne serait pas née, si l'on avait su d'abord qu'il n'y a dans la nature ni ligne exactement droite, ni cercle véritable, ni mesure absolue de grandeur».

¹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, n°1, p.9

Hart¹² vise à dire ce qu'est le droit en lui-même, indépendamment de tout fragment de la réalité empirique à laquelle il peut s'appliquer. De façon générale, cette démarche est celle de l'écrasante majorité des auteurs qui font de la théorie du droit, c'est-à-dire se questionnent sur le droit en lui-même et pour lui-même. Ces démarches peuvent ainsi être appelées des analyses ontologiques car elles cherchent, comme l'indique l'étymologie du mot ontologie¹³, à dire l'être du droit.

À la seconde branche de l'alternative correspond à l'approche empirique du phénomène juridique. Refusant le monde désincarné des concepts purs, le sociologue, l'anthropologue ou l'ethnologue prétendent saisir le droit *sur le fait*, tel qu'il se pratique effectivement, indépendant de ses déterminations théoriques *a priori*¹⁴. D'ailleurs, les agents qui appliquent le droit ne savent généralement rien de son fondement, ils se contentent d'imiter un modèle qui leur a été transmis¹⁵ et le travail des praticiens serait ainsi à lui-même sa propre norme, son propre centre de régulation¹⁶. Le fait de s'intéresser au domaine de la factualité aurait en outre pour avantage la possibilité de vérifier les assertions portant sur le droit¹⁷.

Pour résumer, la première démarche consiste à partir du haut pour aller vers le bas : discuter *in abstracto* ce qu'est le droit pour l'identifier *in concreto*. La deuxième démarche est le processus inverse du bas vers le haut : partir du concret pour en tirer des leçons théoriques.

Cependant, pour intéressantes que soient chacune de ces méthodes, elles manquent chacune notre cible. La détermination du droit comme ensemble de normes ou de règles conduit à réduire l'interprétation à un acte de volonté¹⁸. Or que dire d'un acte de volonté sans expliciter ses motifs internes ou cachés, bref sans faire une forme de psycho-sociologie juridique ? De la même façon, les études empiriques du droit par la sociologie fournissent des résultats parfois très

¹² H. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaire de Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005.

¹³ En Grec « onto- », tiré de ὄν, ὄντος « étant », participe présent du verbe εἶμι « être »

¹⁴ P. Amssek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, spéc. p.342.

¹⁵ T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, Champs, 2008, p.71 : le paradigme, en tant que modèle d'une science, est « un ensemble d'illustrations répétées et presque standardisées ».

¹⁶ Combien de fois n'a-t-on pas entendu « ma pratique me suffit » dans la bouche des juristes professionnels, sentence tenant lieu de substitut à toute velléité théorique (O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques, *Revue européenne des sciences sociales*, XLI-128, 2003, p.142). C'est bien une façon de prouver le mouvement en marchant comme la légende le dit à propos de Diogène qui aurait simplement marché pour réfuter la thèse de son adversaire soutenant la divisibilité à l'infini de l'espace et donc l'impossibilité du mouvement.

¹⁷ Par ex. A. Ross, *On law and justice*, Stevens, Londres, 1958, § 9.

¹⁸ Par ex. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, précité, § 46, p.339.

intéressants¹⁹, mais ils ne restituent pas ce qui est le cœur du métier de juriste à savoir l'interprétation, l'argumentation et la discussion des solutions à mettre en œuvre dans telle ou telle situation. C'est ce point aveugle qu'il nous faut questionner. Il a l'allure d'un paradoxe : pourquoi le métier de juriste parvient-il à échapper non seulement aux théorisations abstraites mais encore à l'étude de terrain ?

3. Le travail des praticiens comme point de départ

Pour que le travail des praticiens reste bien le cœur même d'une théorie du savoir juridique, il n'existe guère qu'une voie : le prendre comme point de départ²⁰. Autrement dit, la méthode suivie ne sera ni spéculative ni empirique. Elle consistera à penser les fondements théoriques du travail pratique qui se donne pour « juridique ». En effet, l'identification de ce travail n'est guère difficile : il s'agit principalement des avocats, des notaires, des magistrats et plus largement de ce qui peut se présenter comme « *le métier du juriste* »²¹. Il paraît aventureux de contester que ces pratiques en particulier ne se présentent pas elles-mêmes comme juridiques. Bien évidemment, cela ne veut pas dire qu'elles le soient. C'est ici que se situe la nuance. L'auto-déclaration du caractère juridique d'une certaine pratique n'est pas un critère du droit. Si l'on suivait cette voie, on retrouverait alors tous les traits d'une analyse sociologique. Bien au contraire, cette pratique spécifique est *le point de départ* de l'analyse et non son aboutissement. L'intérêt de procéder de la sorte est de pouvoir rendre compte de l'activité intellectuelle des professions du droit.

Pour mener à bien l'entreprise de fondation théorique du savoir (qui est en même temps entreprise de constitution de celui-ci), c'est la méthode analytique qui sera utilisée. Cette méthode analytique a été définie par Emmanuel Kant : partir du donné et remonter aux conditions de possibilité théoriques de cet existant²². Le travail des praticiens a déjà dépassé le stade du possible : son effectivité et sa réalité nous sont données sous la forme de professions juridiques organisées. Il reste donc à nous interroger sur la structure théorique qui rend compte *logiquement* (et non pas factuellement) de l'activité intellectuelle déployée au sein de ces métiers.

¹⁹ P. Ancel, « Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la « doctrine » pour la recherche juridique empirique », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, spéc. p. 4-12

²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, Thémis, 26 éd., 1999, n°28, p.71 : « Peut-être faudrait-il partir du métier du juriste pour tracer les contours de la science du droit ».

²¹ J. Carbonnier, précité.

²² E. Kant, « Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme science », *Œuvres philosophiques, tome 2*, Gallimard, Pléiade, 1985, p.43, § 5, note : « La méthode analytique, en tant qu'opposé à la synthétique est tout autre chose qu'un ensemble de propositions analytiques ; elle signifie seulement que l'on part de ce que l'on recherche comme si c'était une donnée, et que l'on remonte aux conditions sous lesquelles seules elle est possible ».

Kant mentionne également la méthode transcendantale qui est une forme de méthode analytique (dite encore « régressive »²³). La méthode transcendantale consiste à chercher à connaître, non les objets mais le « *mode de connaissance des objets en tant qu'il est possible en général* »²⁴. Il s'agit de dévoiler la structure théorique nécessaire pour comprendre l'activité juridique pratique.

Cette dernière remarque sur la méthode transcendantale est importante car elle vise à faire la différence entre la possibilité logique et l'existence d'éléments transcendants (encore appelés « transcendants »). Il ne s'agit pas de viser un ciel des idées pures et encore moins un paradis de concepts purs qui permettraient de couper les cheveux en 999.999 parts²⁵. Bien au contraire, il s'agit de dégager le fondement théorique de ce qui existe déjà. La voie choisie consiste à partir du bas pour aller vers le haut en retrouvant le fondement théorique par l'identification des conditions de possibilité logiques des éléments donnés.

4. Portée de la méthode analytique

La méthode analytique adoptée conduit à une progression qui se fait du concret vers l'abstrait. La méthode n'est certes pas empirique mais elle a un point de départ empirique. C'est une méthode de fondation du savoir²⁶ et non une méthode de vérification des assertions que le savoir pourrait produire par usage d'un critère empirique. Autrement dit, le savoir juridique sera fondé sur ses conditions de possibilités logiques et non sur une définition du droit. C'est bien une approche transcendantale au sens où Kant la définit²⁷.

Toute définition du droit vise à dire ce qu'il est, à le caractériser ontologiquement. Or poser l'ontologie du droit comme préalable à toute fondation du savoir juridique consiste à procéder de façon métaphysique en définissant l'objet

²³ E. Kant, « Prolégomènes... », précité, § 5, p.43, note : « on ferait mieux de l'appeler méthode *régressive*, à la différence de la synthétique ou *progressive* ».

²⁴ E. Kant, « Critique de la raison pure », *Œuvres philosophiques, tome 1*, Gallimard, Pléiade, 1985, p.777, introduction, VII.

²⁵ F. S. Cohen « Transcendental nonsense and the functional approach », *Colombia Law review*, vol. 35, n°6, 1935, § 1, p.809.

²⁶ R. Descartes, « Secondes réponses aux objections contre les méditations métaphysiques », *Œuvres et lettres*, Gallimard, Pléiade, 1953, p.387 : « L'analyse montre la vraie voie par laquelle une chose a été méthodiquement inventée, et fait voir comment les effets dépendent des causes ».

²⁷ S. Goyard-Fabre, « L'ordre juridique et la question de son fondement dans la philosophie du droit contemporaine en France », *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, G. Planty-Bonjour et R. Legeais (dir.), PUF, 1991, p.115 : il s'agit de « la *problématique de la possibilité* – ce qui est proprement la question critique : comment le droit (c'est-à-dire l'édifice juridique) est-il possible ?-, étant entendu que la question porte non pas sur les origines méta-juridiques ou bien extra-juridiques du droit puisque Kant refuse aussi bien l'essentialisme que les réductionnismes, mais sur la *possibilité interne du droit* ». Il s'agit ici pour nous de dévoiler de la même façon la possibilité interne du savoir juridique.

à connaître avant même de le connaître. À bien y réfléchir, cette démarche, qui est encore l'apanage du droit, est loin d'être à sa gloire. Il n'est guère de disciplines qui débutent par une définition de leur objet. Pas plus que la biologie ne débute par une définition du vivant, pas plus que la médecine ne commence par une définition de la maladie, pas plus que la physique ne prend appui sur une définition *a priori* de ce qu'est la matière, on ne voit pas pourquoi le droit devrait débiter par une définition du droit.

À dire vrai, cette confusion est encore trop souvent commise. Pour la lever, il est utile de préciser ce que certains concepts issus de la phénoménologie peuvent apporter pour surmonter cette difficulté.

5. La méthode analytique nourrie par l'approche phénoménologique

Il ne s'agit pas ici d'appliquer la méthode phénoménologique pour définir le droit ou identifier ses principaux concepts. Cette voie a déjà été tracée par Paul Amselek²⁸. L'approche phénoménologique nous intéresse ici seulement au regard des concepts qu'elle propose. Notre méthode n'est donc pas phénoménologique mais demeure bien analytique au sens défini plus haut²⁹. Seulement, notre méthode analytique va se nourrir de l'approche phénoménologique et puiser en celle-ci des concepts qui vont la rendre opérationnelle. Une chose est de savoir que nous allons adopter une méthode régressive, mais autre chose est de savoir *comment* la mettre concrètement en œuvre. C'est sur ce point qu'interviennent les concepts phénoménologiques.

Le terme phénoménologie a été formé Johann Heinrich Lambert³⁰ (1728-1777), mathématicien d'origine française ayant justement correspondu avec Kant. Johann Lambert désigne par ce terme « la doctrine de l'apparaître » par opposition à l'être. Il s'agit ainsi non pas de poser un point de départ ontologique, mais plutôt de prendre l'apparaître lui-même comme point de départ. Cette façon de faire évite ainsi de fonder le droit sur une réflexion spéculative *a priori*.

Dans cette voie, il s'agit de se demander sous quelle forme le droit apparaît pour les praticiens. Il est assez aisé de répondre à cette question, car toutes les professions du droit travaillent aujourd'hui sur des *textes*³¹. Il s'agit d'ailleurs d'un

²⁸ P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Bibl. de philosophie du droit, 1964. La première partie porte sur le concept de droit (en tant que norme) et la seconde partie sur le concept de science du droit.

²⁹ V. *supra*, n°3

³⁰ J. H. Lambert *Semiotik und Phänomenologie*, Leipzig, 1764 cité par J. Greisch, *Le cogito herméneutique*, Vrin, 2000, p.14, note 2.

³¹ Pour certains auteurs, c'est la marque même du tissu juridique ou social : S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendantale*, Cerf, coll. « Humanités », 2012 ; P. Legendre, *De la société comme Texte. Linéaments d'une Anthropologie dogmatique*, Fayard, 2001.

fait historique devenu constant. En effet, depuis le droit romain, la tradition orale a peu à peu cédé en étant progressivement couchée sur le papier³². Désormais, le travail des praticiens du droit ne se conçoit plus sans texte, bien que le droit puisse lui-même se concevoir sans texte. Mais justement, nous ne sommes pas ici dans une analyse de type ontologique visant à dire ce qu'est le droit en tant que droit. Il s'agit ici de savoir *comment* le droit se présente aujourd'hui aux praticiens. Et la réponse est incontestablement que le droit apparaît sous forme de textes.

Cette forme textuelle a une signification très importante. Elle indique le recul d'un savoir purement oral qui reposerait sur les ressources de la mémoire du locuteur. Le droit occidental a mis progressivement sous forme écrite ses propres coutumes. Cet élément de l'écrit est décisif car il permet d'objectiver la pratique du droit, c'est-à-dire de la transformer littéralement en objet disponible pour l'analyse.

Par ailleurs, en investiguant de façon à peine plus approfondie, on peut dégager une autre constante (assez triviale) du travail des praticiens. Les textes qu'ils étudient se présentent sous la forme d'un discours³³. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une suite d'énoncés relevant d'un même système de formation, comme Michel Foucault l'a déjà très bien expliqué³⁴. Les concepts foucauldien nous permettront d'ailleurs de décrire plus finement le contenu de cette pratique. En effet, les praticiens eux-mêmes produisent un discours en réaction à d'autres discours, c'est même là le cœur de tout le travail pratique.

6. Les éléments théoriques du travail pratique

Le travail des praticiens est centré sur des textes qui contiennent des discours. À partir de ce point de départ, pris comme donnée phénoménologique (comme donnée « qui apparaît »), d'autres précisions peuvent être apportées. On peut même en dresser la liste :

- ces discours sont rarement sous une forme prescriptive, mais plutôt sous une forme descriptive,
- ces discours proposent à la fois, des définitions, exposent des situations de faits, et déterminent les conséquences qui y sont attachées,

³² A. Schiavone, *IUS. L'invention du droit en occident*, Belin, trad. G. et J. Bouffartigue, 2008, p.55-56.

³³ Ce qui correspond d'ailleurs à la définition que donne P. Ricœur, *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Editions du Seuil, Paris, 1986, p. 137-138 : le texte est « tout discours fixé par l'écriture, et selon cette définition, la fixation par l'écriture est constitutive du texte lui-même ».

³⁴ M. Foucault, *Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p.141.

- ces discours sont au centre de toutes les discussions entre les professions juridiques : avocats, notaires, magistrats discutent autour de ces textes tenus comme autorisés ou ayant autorité,

- ces discours visent potentiellement à trancher des litiges car ils permettent d'arrêter une solution si telle ou telle personne se trouve dans les situations de fait ou dans les catégories contenues dans les textes.

De ces observations sur « l'apparaître du droit » se dégagent des éléments indispensables pour l'intelligibilité du métier de juriste, pris comme point de départ de notre analyse. Le travail des praticiens apparaît ainsi sous certains traits constants :

(1) des discours contenus dans des textes considérés comme ayant une certaine autorité,

(2) des discours décrivant des hypothèses de fait, des conséquences qui leur sont attachées, des définitions et/ou des catégories abstraites,

(3) des discours sous-tendus par l'idée de trancher un désaccord ou un litige éventuel.

Prendre le métier de juriste pour point de départ conduit alors à se demander comment ces éléments fonctionnent. Bref, comment interagissent-ils entre eux, quelles sont leurs actions réciproques de l'un sur l'autre ?

7. Le fonctionnement du discours

L'apport de Michel Foucault est ici décisif. Notre auteur enseigne que tous les éléments précités peuvent être articulés dans un discours propre. Ce discours est lui-même régi par un système de formation qui prend pour appui la régularité d'une pratique³⁵. C'est bien « *la manière dont ces différents éléments sont mis en rapport les uns et les autres* »³⁶ qui importe. Autrement dit, on pressent qu'il existe bien quelque chose qui peut s'appeler « le discours juridique ». C'est l'existence même de ce discours qui explique que les juges, les notaires, les avocats, les huissiers, les conseils juridiques et les enseignants en droit peuvent échanger et se comprendre³⁷. Un profane qui interviendrait dans le débat se trouverait par là même soumis au fonctionnement du discours bien que ses modalités de fonctionnement ne soient jamais explicitées comme telles.

³⁵ M. Foucault, précité, p.98.

³⁶ M. Foucault, précité, p.80.

³⁷ Ch. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, Paris, Lexisnexis, 2^{ème} éd., 2014, n°23, p.16.

Toujours dans une même perspective foucauldienne, le fonctionnement des modalités d'énonciations peut être compris comme la recherche des règles de formation du discours. Autrement dit, « *selon quelles règles tel énoncé a-t-il été construit ?* »³⁸. Bref, il s'agit d'explicitier les règles qui rendent possible l'apparition d'un objet³⁹ qualifié de « juridique »⁴⁰. Ces règles sont appelées par Michel Foucault des *règles de formation* parce qu'elles déterminent les conditions d'articulation des éléments qui fonctionnent d'une certaine façon dans le discours⁴¹ et même la formation des objets du discours⁴². Cette règle ou cet ensemble de règles sont immanents à la pratique. Elle les porte en elle comme l'être humain respire l'air sans être conscient de ses inspirations et expirations ou du degré de saturation en oxygène.

La description du fonctionnement et des relations qui régissent les éléments déjà énoncés fait ainsi apparaître de nouvelles propositions. En effet, le discours qui forme le corps même du travail des praticiens fait référence en permanence à d'autres discours. Les avocats citent les décisions de justice qui elles-mêmes se réfèrent au contenu des textes de loi qui eux-mêmes peuvent être précisés par des décrets et ainsi de suite. Toutes les références textuelles sont unies entre elles par un jeu très complexe de relations. Malgré la diversité des usages des textes, certains traits constants peuvent être isolés. C'est ainsi que le discours juridique use des références textuelles pour appuyer ses propositions. Que l'on parle de loi, jurisprudence ou doctrine importe peu ici. En effet, ces concepts définissent les modalités de relations entre les énoncés⁴³ mais non le fondement même du discours juridique pratique.

Le plus important est de constater que les références textuelles sont utilisées à titre de justifications des propositions émises. Bref, le discours des juristes a une teneur argumentative du moment que l'on admet qu'un argument est un élément qui sert de justification (ou de garantie⁴⁴) à la proposition avancée. Si l'on scrute encore plus précisément les modalités d'usage des textes dans leur fonction argumentative, on peut alors dégager un autre trait : les références textuelles sont utilisées par assimilation ou identité. Lorsque les faits portés devant le juge sont censés être les mêmes que ceux que prévoit la loi ou un arrêt précédent, alors la solution est censée devoir être la même.

³⁸ M. Foucault, précité, p.39.

³⁹ M. Foucault, précité, p.46.

⁴⁰ G. Timsit, « Sept propositions (plus une) pour une définition systématique du droit », *Droits*, n°10, PUF, 1989, p.94 : « ce qui fait l'objet de la science juridique, ce n'est donc pas la loi, ni le droit ainsi défini, mais la juridicité ».

⁴¹ M. Foucault, précité, p.53.

⁴² M. Foucault, précité, p.60, 61, 65, 67.

⁴³ Modalités de relations explicitées en droit par la théorie des sources du droit », v. *supra* note 4.

⁴⁴ S. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, Paris, PUF, Trad. Ph de Branbanter, 1993, *passim*.

Finalement, ce sont ces deux constantes de fonctionnement qu'il faut expliciter et formaliser. D'un côté le discours juridique est argumentatif et d'un autre côté il procède par assimilation ou identification des situations à traiter avec d'autres qui sont déjà reconnues comme admises dans des textes dotés d'une autorité.

Ces deux points doivent être l'objet de la méthode analytique déjà explicitée. A quelles conditions théoriques le travail pratique est-il possible ? La réponse à cette question se trouve alors dans une règle de formation du discours juridique qui est la règle de justice.

8. Statut théorique de la règle de justice

La règle de justice consiste à traiter les cas semblables de façon identique. La règle de justice n'a été désignée sous cette forme que tardivement, c'est-à-dire semble-t-il pendant le 20^{ème} siècle, même si des recherches historiques plus précises et plus poussées devraient être entreprises pour dater son apparition⁴⁵. C'est Chaïm Perelman qui la cite le plus souvent sous cette forme⁴⁶ et s'est le plus attardé à la commenter en tant qu'argument spécifique⁴⁷. Généralement, les auteurs de théorie du droit reconnaissent à cette règle une portée triviale, car il paraît intuitivement évident qu'il faille respecter les identités et les différences instituées⁴⁸. Il ne s'agit certes pas d'un critère substantiel de justice, mais d'une exigence de justice *formelle* ⁴⁹.

Or notre démarche consiste ici à doter la règle de justice d'un statut théorique nouveau qu'elle n'a encore jamais eu à notre connaissance. Nous soutenons que c'est la règle de formation de tout discours juridique, la forme même

⁴⁵ L'idée est déjà présente chez Cicéron, « Topiques », in *Œuvres complètes de M. T. Cicéron*, vol. 4, Paris, F-I Fournier, 1816, p.280 : « *valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat* ». Traductions possibles : « L'équité l'emporte et elle impose que dans les causes identiques on applique des principes identiques » ou « L'équité ordonne de juger et de déterminer de la même manière les choses pareilles ». Plus près de nous, François Gény a pressenti l'exigence mais ne l'a pas formulée comme telle, elle reste pour lui dans l'ordre de l'instinct : F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Tome III : Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n°217, p.190. « L'esprit humain procède du même au même, ou du semblable au semblable. Et, quand il s'agit de découvrir les règles, qui dirigeront la conduite extérieure de l'homme, le besoin d'unité, qui est à la base de notre nature, nous fait assez sentir que des situations analogues doivent être régies de même sorte ».

⁴⁶ Ch. Perelman, *Ethique et droit*, Editions de l'université de Bruxelles, 1990, spéc. p.34 et p.108.

⁴⁷ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca *Traité de l'argumentation*, Editions de l'université de Bruxelles, 5^{ème} éd., 1992, § 52, p.294.

⁴⁸ H. Hart, *Le concept de droit*, précité, §159, p.177 ; J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Points, 2009, n°10, p.91.

⁴⁹ N. Maccormik, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Les voies du droit, 1996, p.85 et s.

du savoir juridique⁵⁰. Il s'agit de la condition de possibilité théorique de tout discours juridique et de tout savoir juridique. Sans la règle de justice, le savoir juridique n'est tout simplement pas pensable. Pour le comprendre, il faut préciser de façon plus fine ce qu'est exactement la nature et la fonction de la règle de justice.

La règle de justice n'est pas descriptive. Elle ne vise pas à décrire ce que font les juristes, à permettre d'encadrer le flux de l'activité et des tâches auxquelles s'adonnent les professionnels du droit. La règle de justice ne vise pas à rendre compte des comportements ou des pensées des praticiens ni même à décrire le fourmillement quotidien de leurs préoccupations. La règle de justice est une règle de formation du discours. Elle vise à dire comment le discours juridique est théoriquement possible, c'est-à-dire à identifier le lieu théorique de son apparition. C'est une règle structurante du discours lui-même et non des pratiques articulées à ces discours.

La règle de justice n'est pas normative. Si les normes sont des prescriptions, alors il est aisé de montrer que la règle de justice ne prescrit rien du tout. Elle n'a pas de contenu, elle n'existe que par sa forme. À la rigueur, elle a presque le même statut qu'un objet mathématique, c'est-à-dire celui d'un objet entièrement formel⁵¹. La règle de justice n'est même pas une règle au sens où elle détermine un comportement. C'est une règle logique qui est le fondement théorique du discours lui-même.

La règle de justice n'a pas besoin d'être consciente pour fonctionner. De la même façon qu'il est inutile de connaître les principes de non-contradiction ou d'identité pour en user, il est inutile de connaître la règle de justice pour la respecter. Si elle est une condition de possibilité théorique du discours juridique lui-même, c'est bien que tout discours juridique met en application la règle au moment même où il s'effectue. De la même façon que les lois du mouvement sont impliquées par la marche et le déplacement eux-mêmes, la règle de justice est immanente au discours lui-même. Aussi, cette règle ayant un statut logique, elle n'a rien de psychologique. Elle ne décrit aucun contenu de conscience ni n'explique le for intérieur des juristes. Elle isole seulement la forme générale du savoir juridique à partir de laquelle tous ses contenus seront possibles.

La règle de justice ne s'applique pas à des faits. Elle n'est pas une règle de droit parmi d'autres qui nécessite de vérifier si certaines conditions sont remplies. Elle ne vise aucun fait à réaliser dans le réel. Encore, la règle de justice n'a aucune « positivité », car c'est une condition de possibilité du discours lui-même. La règle de justice possède un statut constitutif. Elle est la condition d'existence logique (et non pas factuelle) du discours juridique. Elle permet de caractériser le discours juridique lui-même, indépendamment de son contenu. Elle ne s'applique donc à

⁵⁰ F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », *L'évaluation de la recherche en droit: enjeux et méthodes*, dir. Th. Tanquerel et A. Flückiger, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.117-137.

⁵¹ G.-G. Granger, *Formes, opérations, objets*, Paris, Vrin, coll. Mathesis, 1994, p.383-387.

aucun objet en particulier, car elle est la condition de tous les objets juridiques possibles. Sans la règle de justice, le discours juridique deviendrait inintelligible, pire : impensable.

La règle de justice n'est pas une condition de possibilité matérielle. Elle est une condition de possibilité logique. Elle ne préjuge donc pas de l'existence d'un juge pour nous écouter ou d'autres institutions pour trancher des litiges. Elle ne concerne pas les conditions d'émergence matérielle du discours mais sa condition d'émergence théorique, c'est-à-dire sa pure réalité épistémique.

*La règle de justice n'est pas un critère de la justice*⁵². Cette confusion doit absolument être évitée. L'association est presque inévitable car le juridique est construit sur la même racine latine (*ius*) que la justice elle-même (*iustitia*). Traiter les cas semblables de façon identique ne dit pourtant rien de la valeur de justice. En revanche, la règle de justice est nécessaire pour poser la question de la justice en tant que valeur. C'est même une règle logique qui s'aperçoit en filigrane dans la réflexion d'Aristote⁵³. Ce qu'il faut bien saisir est que toute réflexion sur le juste se coule dans la règle de justice. L'universalité n'est alors pas dans le contenu de ce qui est pensé comme juste mais dans la *forme même de l'interrogation*, c'est-à-dire à travers la règle de justice. Par la règle de justice, le juste est d'abord une question épistémologique avant d'être une prise de position ontologique.

La règle de justice est une forme de cohérence. C'est pour cette raison qu'elle appartient bien au registre logique et épistémologique et non au registre de l'éthique proprement dite, de l'axiologie ou de la détermination des valeurs préférables. Hans Kelsen l'a déjà dit et a même souligné cet aspect⁵⁴. Ceci confirme parfaitement que la justice *en tant qu'objet connaissable* ne peut l'être que sous la forme de la règle de justice. La recherche de ce qui est juste est en même temps le juridique lui-même⁵⁵. En cela, l'intuition fondamentale des liens étroits de la justice et du droit se trouve confirmée. Le juriste s'enquiert bien plus de justice qu'il ne s'enquiert de normes ou de règles. La normativité paraît à cet égard être bien plus une préoccupation sociologique que juridique. La preuve en est que le concept de norme n'est même pas utile pour l'argumentation juridique, encore moins pour en rendre compte et l'expliquer. Lorsqu'on sait qu'en dernière instance la cohérence est une émanation du principe de non-contradiction⁵⁶ on comprend alors que la règle de

⁵² J. Rawls, *Théorie de la justice*, précité, n°10, p.91.

⁵³ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 6

⁵⁴ H. Kelsen, « Justice et droit naturel », *Le droit naturel*, PUF, Annales de philosophie politique, 1959, p.52 : « A y regarder de plus près, le principe : traitement identique pour des égaux, différent pour des inégaux, n'est pas une exigence de la justice, mais de la logique », v. égal. p.53-54.

⁵⁵ Cette relation étroite ne doit pas nous étonner : elle est déjà inscrite dans l'étymologie de l'adjectif « juridique », v. F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », précité, p.122.

⁵⁶ Aristote, *Métaphysique*, livre Gamma, chap. 3, 1005.b, 30

justice a bien un statut à la fois logique (cohérence) et fondamental (constitutif du discours).

Il en résulte un corrélat. Tout savoir juridique n'est que le contenu infiniment variable que peut avoir la règle de justice. Non pas variation de la forme (elle demeure stable) mais bien une variation des contenus. Les contenus des discours juridiques permettent de donner l'issue d'un litige, de connaître la solution applicable ainsi que sa justification. Ces contenus de discours sont tous *formés* à partir de la règle de justice. Pour s'en convaincre, il suffit de faire cette simple expérience de pensée : pourrait-on encore raisonner et argumenter en droit sans la règle de justice ? Pourrait-on encore décrire une quelconque argumentation ? En vérité, le discours juridique ne serait même plus possible. C'est dire qu'analyser la règle de justice revient à analyser le fondement même du savoir juridique.

II. – ANALYSE DU FONDEMENT

9. Analyse de la règle de justice

Les éléments constitutifs de la règle de justice sont relativement peu nombreux. La règle de justice énonce qu'il doit y avoir des cas, que ces cas peuvent être semblables et que, sous cette condition, ils doivent être traités pareillement. Bref, trois concepts sont impliqués par la règle de justice : celui de cas, celui d'identité et celui d'égalité.

La règle de justice repose encore sur le présupposé que chaque cas est déjà lié à une conséquence. En effet, c'est au regard d'une relation primaire entre un cas et sa conséquence que les occurrences futures doivent pouvoir être traitées⁵⁷. Si les cas sont les mêmes, les mêmes conséquences doivent s'ensuivre. Bref, les mêmes causes (juridiques) produisent les mêmes effets (juridiques)⁵⁸.

Bien évidemment, il ne s'agit pas ici de causalité. Lorsqu'on énonce que les mêmes causes doivent produire les mêmes effets on ne se réfère certainement pas au principe qui forme le substrat de la science physique. On entend ici par « cause » l'affaire ou le cas porté devant le juge tel que le droit romain pouvait l'entendre. Les effets sont ici les solutions. Lorsque deux causes semblables sont entendues, leurs solutions ne doivent pas diverger.

La règle de justice n'a donc rien à voir avec une causalité mécanique. Il s'agit de dire que si un cas est semblable à un autre cas déjà reçu ou déjà existant il faut lui appliquer la même solution. Il s'agit alors d'une analyse à droit constant, c'est-à-dire sans volonté de modifier l'état du droit.

⁵⁷ J.-L. Nancy, « Lapsus iudicii », *Communications*, 26, 1977, p.85-86.

⁵⁸ V. la citation de Cicéron, *supra* note 43.

En approfondissant, on peut même dire que la règle de justice est précisément l'opposé d'une relation causale au sens où on l'entend habituellement, c'est-à-dire au sens d'une nécessité naturelle. Bien au contraire, la règle de justice suppose que des effets non causaux (non naturels) soient attribués à des cas. Les praticiens du droit ne se préoccupent pas de discuter des relations causales et naturelles. Que les pierres tombent ou que les plantes poussent sont des données que la pratique suppose. Les discussions juridiques portent bien plutôt sur des effets *artificiellement créés* : si la pierre est jetée sur un bien le responsable devra une indemnisation, si la voiture vendue ne fonctionne pas, l'acheteur pourra demander l'anéantissement du contrat. Ces effets n'ont rien de naturel, ce sont des conséquences attachées à certaines hypothèses de fait. Ce sont là des données du droit. On pourrait même dire que c'est *parce que* ces effets ne sont pas naturels qu'il paraît nécessaire de les poser.

Traiter les cas semblables de façon identique suppose donc une relation primaire déjà existante entre un cas « A » et une solution « B ». La relation prend alors la forme « Si (A) alors (B) ». Si nous sommes dans la même situation que (A) il faut alors appliquer la solution (B). Nous retrouvons ici la possibilité du fameux syllogisme qui n'est que l'écho lointain de la règle de justice.

À ce stade de l'analyse, il est en outre tentant de considérer que la relation entre (A) et (B) exprime une règle ou une norme. Si la situation de fait (A) se présente alors on *doit* lui appliquer le traitement (B). Cette relation a toutes les allures d'une prescription : cela confirme-t-il que le droit est un ensemble de normes ?

10. Inutilité du concept de norme

Si nous demandons ce qu'apporte ici le concept de norme à notre analyse, à vrai dire, nous devons répondre qu'il n'apporte pas grand-chose. Du moins, rien de plus que ce que nous avons déjà établi, à savoir que certains cas reçoivent certaines solutions. Le concept de norme est ici inutile pour établir le fondement du savoir juridique.

La raison de cette inutilité est en définitive très simple : le savoir juridique ne consiste pas à établir une relation entre (A) et (B). Cette relation étant présupposée dans l'analyse, il s'agit alors de savoir si le cas présenté est ou non identique à (A). L'objet de la recherche juridique n'est pas d'établir et de préciser la relation entre (A) et (B). Que le responsable doive payer, que celui qui n'a pas respecté le contrat doive restituer le bien sont des données initiales. Le savoir juridique n'a nullement besoin du concept de norme pour exister. Peut-être qu'on nous rétorquera que le droit est pourtant bel et bien un ensemble de normes. C'est fort possible. Des philosophes et des théoriciens très savants se sont employés à le démontrer. Mais l'objet de notre propos est tout autre : nous cherchons un fondement au travail pratique et non pas le fondement du droit. Que le fondement du droit doive coïncider avec le fondement de l'activité juridique pratique est un rêve de

métaphysicien. Comme bien des rêves, il est fascinant ; comme bien des rêves, il le demeure souvent.

Contre la lourde tendance traditionnelle à définir le savoir à partir du concept de droit, symptôme propre d'une démarche spéculative, nous souhaitons fonder le savoir sur le travail des praticiens lui-même. Car il est en effet indéniable que, même si le droit ressemble fort à de la philosophie, de la linguistique ou de la logique, « *les juristes développent une connaissance cognitive autonome sur leur objet que les méthodes traditionnelles ne peuvent identifier ou traiter* »⁵⁹. Bref, le droit est l'objet d'un savoir propre⁶⁰.

Le matériau théorique dont la pratique juridique a besoin est en définitive réduit à peu d'éléments : il faut préciser le concept de cas, le concept d'identité entre deux ou plusieurs cas et le concept d'égalité. Tout cela est compris selon une signification strictement épistémologique.

11. Le concept de cas

L'objection première qui pourrait être formulée est la suivante : vous dites que les juristes traitent les cas semblables de façon identique, mais le matériau textuel dont usent les praticiens est rarement formulé sous la forme « si (A) alors (B) ».

La réponse est aisée. La règle de justice énonce une forme élémentaire qui est justement masquée par de multiples déterminations textuelles. Là où la théorie des sources du droit pêche, c'est par son approche ontologique. La théorie des sources du droit nous laisse croire que tous les textes (et donc leur contenu) qui proviennent d'une certaine source (la loi, la jurisprudence) sont du droit⁶¹. En vérité, les textes produits par des organes comme les tribunaux ou le parlement contiennent un mélange incertain de considérations politiques, de solutions éparses, de définitions doctrinales et d'hypothèses de fait plus ou moins générales.

Sous la surdétermination sémantique des textes, il faut retrouver la forme élémentaire « si (A) alors (B) » à l'état pur, sans mélange de toute autre signification théorique. Il faut retrouver deux éléments de fait reliés entre eux par un lien non causal, non naturel et donc contingent. La conséquence aurait pu être autre, elle n'a rien de nécessaire certes mais il faut pouvoir l'identifier en vue de l'analyse.

Cette étape n'est rarement, pour ne pas dire jamais, formulée de façon consciente dans la recherche ou dans le travail pratique. En effet, les cas sont

⁵⁹ D. Bourcier, « A propos des fondements épistémologiques d'une science du droit », *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, PUF, coll. Mission de recherche « Droit et justice », 2007, p.72.

⁶⁰ Ch. Atias, « Ce que savent les juristes. Les états du droit », *RTD civ.* 2013, p.315.

⁶¹ M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, n°132-133, p.162-163.

directement saisis par les catégories légales ou jurisprudentielles. Le savoir juridique consiste à déterminer si deux cas sont identiques ou s'ils ne le sont pas. Le savoir consiste à trouver le critère d'assimilation ou de distinction des cas et des solutions. La formulation de critères de distinction est donc le cœur même de l'exigence de la règle de justice⁶².

Pour parvenir à une telle description de la base de travail de la recherche juridique, il faut être capable de procéder à une description non théorisée des cas. Bref, les cas doivent d'abord être saisis dans leur factualité pure, indépendamment de toute conceptualisation.

Nous sommes alors dans une démarche phénoménologique inversée. Alors que la phénoménologie d'Edmund Husserl propose une réduction eidétique, c'est-à-dire une réduction des phénomènes observés et des contenus de conscience à leur essence (*eidōs*), nous proposons ici tout au contraire une réduction factuelle où les concepts déjà donnés sont réduits à leur configuration factuelle pure. Il s'agit de retrouver sous les concepts du droit la couche des situations de fait reliées entre elles par des liens artificiels de nécessité de la forme « si (A) alors (B) ». Il s'agit donc d'écarter tout ce qui est théorique et essentiel pour retrouver les contingences pures du cas et de sa solution.

La base empirique est ce qu'Edmund Husserl appelle le champ d'étude, c'est-à-dire un certain domaine d'objets qui est la donnée originaire⁶³. Les faits sont de l'ordre du contingent et impliquent en eux-mêmes la possibilité d'une essence, d'un *Eidos*⁶⁴. Aussi l'intuition empirique peut être convertie en vision de l'essence⁶⁵ même pour des faits imaginaires, car fait et essence demeurent strictement séparés⁶⁶. Ainsi, Edmund Husserl peut expliquer ce qu'est la *réduction eidétique*. Il s'agit de passer de la conscience des objets individuels (factuels) au domaine des essences pures pour parvenir à une intuition de l'essence (*eidōs*) de la chose, c'est-à-dire ce qu'elle est, structurellement et invariablement, une fois que le contingent et l'accidentel sont éliminés⁶⁷.

En reprenant la dernière proposition et en l'inversant nous pouvons alors présenter la *réduction factuelle* comme le passage de la conscience des objets

⁶² Ph. Jestaz, « Pour une définition du droit emprunté à l'ordre des beaux-arts », *RTD civ.* 1979, p.488 : « le droit cesse là où la solution ne relève pas d'un critère. (...) Le concept de critère, qui contient déjà l'idée d'abstraction, contient aussi celle de justice ».

⁶³ E. Husserl, *Idées directrices pour une phénoménologie*, Tel, Gallimard, trad. P. Ricoeur, 1950, § 1, p.14.

⁶⁴ E. Husserl, précité, § 2, p.17.

⁶⁵ E. Husserl, précité, § 3, p.19.

⁶⁶ E. Husserl, précité, § 4, p.25.

⁶⁷ E. Husserl, *Méditations cartésiennes. Introduction à la phénoménologie*, Vrin, trad. E. Levinas et G. Peiffer, 1953, § 34, p.58-61.

conceptuels (théoriques) au domaine des occurrences factuelles pures pour parvenir à une intuition de la factualité juridique des choses, c'est-à-dire ce que sont les choses dans leur configuration factuelle une fois que le théorique et le conceptuel sont éliminés.

C'est ainsi qu'est obtenue une base empirique pure, c'est-à-dire une base de cas qui appelle à une catégorisation et une analyse déterminées par la règle de justice.

12. Le concept d'identité

La détermination de la base empirique pure permet de désigner par contraste les significations théoriques qui visent à dire l'identité des cas. Ces modélisations peuvent être l'œuvre du législateur, de la jurisprudence ou de la doctrine. Chaque fois que le législateur, le juge ou la doctrine usent de définitions, ils rassemblent sous une même catégorie des cas.

La question philosophique qui se pose est alors de savoir si c'est parce que les cas sont semblables qu'il faut les inclure dans une même catégorie ou bien, au contraire, parce qu'ils sont rangés dans une même catégorie qu'ils sont alors déclarés semblables ?

Ce problème délicat a une nature clairement métaphysique et a déjà occupé de nombreux philosophes. Friedrich Nietzsche affirmait que l'identité pure entre deux faits est impossible et que tout concept naît de la postulation de l'identité de ce qui justement n'est pas identique⁶⁸. De même, Gottfried Wilhelm Leibniz soutenait que lorsqu'on ne peut discerner la différence entre deux éléments, ils doivent être traités comme identiques⁶⁹ ce qu'on nomme couramment « l'identité des indiscernables ».

Cette façon de poser le problème de l'identité est ouvertement métaphysique et ne correspond guère à l'argumentation pratiquement déployée devant les tribunaux – il faut bien l'avouer. Cela ne veut certes pas dire que ce problème ne soit pas intéressant mais cela signifie en revanche que ce n'est pas la façon dont il est résolu dans le travail des praticiens.

Ainsi, en mettant de côté toute recherche d'une identité absolue, le travail pratique vise une identité simplement *relative*. Cette identité est relative car elle dépend des cas déjà admis et institués. Le praticien ne vise donc aucun absolu mais une façon relative de trancher le litige. Pour le comprendre, un concept central dans la pensée de Chaïm Perelman apporte un éclairage décisif : il s'agit du concept

⁶⁸ F. Nietzsche, « Mensonge et vérité au sens extra-moral », *Œuvres I.*, Gallimard, Pléiade, 2000, p.407.

⁶⁹ G. W. Leibniz, *Discours de métaphysique, Monadologie*, Folio, Essais, 2004, n°9, p.221.

d'auditoire⁷⁰. L'exigence d'identité qu'appelle la règle de justice ne se comprend qu'à partir des identités déjà admises par la personne à laquelle s'adresse l'argument. Comme l'explique Chaïm Perelman, toute argumentation doit reposer sur des valeurs que l'auditoire admet. Ici il s'agit non pas de la règle de justice (qui est une condition logique et non une valeur) mais des identités instituées. Une hypothèse très simple permet de le montrer : tout argument jurisprudentiel n'est au fond que la mise en œuvre du concept d'auditoire couplé à la règle de justice. En citant un précédent, je demande au juge de se conformer à ce que sa propre juridiction a déjà décidé. Je lui demande donc d'être cohérent avec lui-même, c'est-à-dire de respecter ses propres décisions.

Mais à bien y réfléchir, c'est toute l'argumentation juridique qui présente une telle structure. L'argument juridique est ainsi l'argument qui est pensé *dans et par* la règle de justice. Les arguments juridiques ne diffèrent entre eux que par la modalité de l'identité qu'ils mettent en avant. L'identité peut être obtenue en comparant deux situations de faits (un cas avec un cas) ou bien en ramenant le cas à une catégorie abstraite. La première façon de procéder évoque l'analogie et le *common law* ; la seconde façon évoque les droits romano-germaniques qui usent plus volontiers de définitions. Ces deux grandes familles de droit, qu'on s'est toujours plu à opposer, ne diffèrent donc que sur la primauté donnée à une certaine forme d'argument. Mais quelle que soit la nature du système juridique, la règle de justice demeure un fondement théorique indispensable pour l'intelligibilité du droit et surtout pour son savoir.

Il serait alors intéressant de classer tous les arguments possibles en fonction de la modalité de l'identité qu'ils permettent. De cette façon, on pourrait ainsi nettement distinguer les arguments *de lege lata* qui ne se fondent que sur des identités déjà acceptées et les arguments *de lege ferenda* qui critiquent ces identités au nom d'une identité jugée plus profonde ou plus vraie. Chaque fois, il est très intéressant de souligner que l'argumentation elle-même est structurée par la règle de justice, qui s'impose encore comme le fondement du savoir juridique.

Pour appuyer cette idée, on prendra pour exemple les méthodes du droit français telles qu'elles se fixent au tournant du 20^{ème} siècle et qui privilégient une analyse conceptuelle.

13. L'identité obtenue par analyse conceptuelle

La construction de théories générales est une tâche que la doctrine s'est donnée au début du 20^{ème} siècle⁷¹, rompant en cela avec le 19^{ème} siècle où

⁷⁰ Ch. Perelman, L. Obrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Editions de l'Université de Bruxelles, 5^{ème} éd., 1992, § 3, p.25 : l'auditoire est « l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation ».

⁷¹ Ph. Jestaz, Chr. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p.230-231.

l'exposé controversiste article par article tenait le haut du pavé⁷². Cette activité est la dogmatique juridique, c'est-à-dire un discours savant qui vise à interpréter et systématiser le droit en vigueur⁷³. Toutefois, loin de la caricature kelsénienne, ce discours ne consiste pas en une pure tautologie des textes applicables⁷⁴. Bien au contraire, ce qui passe souvent pour une simple fonction pédagogique de présentation du droit⁷⁵ en est réalité une œuvre savante. La dogmatique vise à dire l'identité des cas *par* l'identité des concepts.

Le problème est que la dogmatique n'a pu répondre au problème de son fondement et, en cela, elle ne se distingue guère de la dogmatique théologique d'où le mot est issu⁷⁶. Les idées sont des points de départ, c'est-à-dire des dogmes que l'on ne saurait valider avec l'expérience car les textes sont interprétés par les concepts dogmatiques⁷⁷. Le discours objet ne peut donc renverser ou confirmer le discours qui le prend pour objet⁷⁸.

La méthode analytique doit nous ouvrir une façon plus satisfaisante de nous livrer à une telle activité. Pour cela, le point de départ ne doit pas se trouver dans le concept, mais dans les cas eux-mêmes. L'élaboration du système des cas n'est plus dogmatique s'il est une construction *a posteriori* et non *a priori*, autrement dit si les concepts sont des productions et non des données initiales.

La méthode analytique est une façon de poser des questions que la méthode dogmatique interdit. La question générale est la suivante : quelles sont les conditions de possibilité théoriques du traitement des cas et de leur identité théorique ?

La réponse à cette question suppose de dégager des concepts et des catégories qui *rendent raison* du traitement des cas dans un champ donné par certains textes. Le savoir juridique a pour objet de reconstruire l'appareil juridique des raisons. Ce dernier consiste dans les catégories qui rendent compte positivement du traitement appliqué à certains cas et de leurs affinités souvent impensées.

⁷² Ph. Jestaz, Chr. Jamin, précité, p.90-91.

⁷³ A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Parsi, LGDJ, 1993, V° Dogmatique juridique.

⁷⁴ H. Kelsen, précité, § 16, p.82.

⁷⁵ C'est la présentation dominante de la plupart des manuels d'introduction au droit.

⁷⁶ F. D. E. Schleiermacher, *Le statut de la théologie, Bref exposé*, Paris-Genève, Cerf-Labor-Fides, 1994, § 195.

⁷⁷ M. Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits* 2008, p.87.

⁷⁸ Th. Revet, « Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit », obs. à la *RTD civ.* 2008, p.512

À ce stade de l'analyse, certains pourraient s'insurger. Cette cohérence entre les cas n'est-elle pas supposée *donc* postulée ?⁷⁹ Comment supposer que le droit puisse *naturellement* être cohérent ? N'est-ce pas un manque d'objectivité que d'essayer de décrire de façon cohérente ce qui paraît incohérent ?

Mais une telle objection manque sa cible. La cohérence n'est pas supposée. Si tel était le cas, nous serions dans une démarche métaphysique qui affirme l'existence d'un cosmos, d'un tout ordonné qu'il s'agirait de révéler ou de connaître, au moins partiellement⁸⁰. Cette position métaphysique est ici suspendue (comme le recommande par ailleurs la démarche phénoménologique) pour rechercher une cohérence qui ne se donne justement pas spontanément. La cohérence est ici une recherche, une quête. À dire vrai, cette cohérence est celle qu'appelle la règle de justice elle-même⁸¹.

L'équation fondamentale du savoir juridique se dessine alors sous nos yeux. La cohérence se spécifie dans la règle de justice qui permet de produire des arguments juridiques par leur forme et dont le contenu correspond à la connaissance de la justice positive, autrement dit à un *savoir juridique positif*.

Toute recherche juridique vise à construire l'argument de justice *de lege lata*. La recherche vise à dire ce qu'il est juste (et cohérent) de décider au vu de certaines données déjà acceptées. C'est bien parce que les données juridiques ne sont pas naturellement cohérentes qu'il faut les rendre cohérentes. C'est bien le sens de « ce qui est recherché ».

Mais objectera-t-on, n'êtes-vous pas en train de réintroduire du normatif puisque la règle de justice nous *prescrit* de traiter de façon cohérente ce qui, selon vos propres dires, ne l'est pas ? Cette objection touche au point central et décisif qui s'attache à la caractérisation du savoir juridique. Le pouvoir politique n'est sans doute pas très cohérent et ses décisions varient bien plus vite que les saisons. **Or** le savoir n'est pas le pouvoir⁸². L'objet de l'analyse juridique n'est pas de comprendre les déterminants sociaux ou politiques du pouvoir, mais justement de les neutraliser. Le droit n'est pas politiquement neutre. Qui contesterait cette trivialité ? En revanche, le droit peut être politiquement neutralisé par le savoir, c'est-à-dire par l'exigence de cohérence.

Si maintenant nous disons : « pourquoi alors être cohérent ? », alors la réponse n'a guère varié depuis Platon⁸³ ou Aristote⁸⁴ : il n'y a pas de savoir sans

⁷⁹ Ph. Jestaz, Chr. Jamin, précité, p.221.

⁸⁰ M. Villey, *Critique de la pensée moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p.88.

⁸¹ V. *supra*, n°8

⁸² Ch. Atias, « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », *RRJ* 2001-1, p.59-75.

⁸³ Platon, *La République*, IV, 436.b

⁸⁴ Aristote, *Métaphysique*, livre Gamma, chap. 3, 1005.b 19-20

respect du principe de non-contradiction. Bien sûr, le principe de non-contradiction est non démontrable⁸⁵, peut-être même sans fondement⁸⁶, mais il présente de grands avantages sur des modèles contradictoires comme... la magie. Un savoir contradictoire n'appartient plus à la rationalité occidentale telle qu'elle s'est dessinée historiquement depuis la Grèce antique et qui aujourd'hui est largement mondialisée. La cohérence est peut-être une norme, mais elle est une norme d'une nature bien particulière : purement formelle et axiomatique, elle a en outre un aspect constitutif. Elle est une façon de constituer le savoir lui-même.

Au regard de ce qui précède, nous ne devons pas être étonnés qu'un principe essentiel de la méthode en droit soit d'affirmer qu'une différence de nature égale une différence de régime⁸⁷. Ce principe méthodologique est en définitive l'expression, sous forme conceptuelle, de la règle de justice elle-même. Traiter les cas semblables de façon identique revient à traiter de façon différente, les cas dissemblables. Les cas sont forcément dissemblables si leur nature juridique est différente ce qui appelle alors un traitement, un régime juridique différent. On retrouve ici l'exigence même d'égalité qui au cœur de la règle de justice.

14. Le concept d'égalité

Depuis Aristote, nous savons que la justice est une certaine forme d'égalité⁸⁸. La justice ne se réduit donc pas à une égalité pure et simple. Il ne s'agit pas de dire que $A=A$ (c'est le principe d'identité) ou même que $A=B$ (c'est une égalité quasi-arithmétique)⁸⁹. L'égalité ne consiste pas à traiter tous les objets de la même façon. Ce serait alors de l'égalitarisme, une idéologie visant à supprimer toutes les différences. L'inverse de l'égalitarisme est l'idée d'une égalité de rapport où $A/B = C/D$, c'est une forme de proportionnalité. La règle de justice repose précisément sur l'idée qu'il existe entre les choses et les situations des différences et que ces différences doivent commander des solutions différentes.

On le voit, la règle de justice n'a rien d'un principe politique qui voudrait rendre toutes choses égales, même celles qui ne le sont pas. L'égalité n'est pas ici une finalité mais bien une *règle épistémologique*, c'est-à-dire la structure théorique

⁸⁵ C'est le fameux théorème d'incomplétude de Gödel à propos des systèmes mathématiques formalisés. K. Gödel, *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme, I*. (« Sur les propositions formellement indécidables des Principia Mathematica et des systèmes apparentés ») Monatshefte für Mathematik und Physik, 38, 1931, p. 173-198. Traduit en anglais par van Heijenoort in *From Frege to Gödel*. Harvard University Press, 1971, p. 596-616.

⁸⁶ M. Meyer, *Questionnement et historicité*, PUF, 2000, § 8 et § 11.

⁸⁷ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p.255.

⁸⁸ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 6

⁸⁹ F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p.92.

qui rend le juridique connaissable et signe en même temps son autonomie. En effet, la règle de justice nous contraint à produire du contenu, elle nous contraint à formuler la raison des différences effectuées. La connaissance du critère de différenciation est primordiale, car elle permet de prévoir quelle situation relève de quelle catégorie, une exigence qu'on nomme habituellement la sécurité juridique.

Le simple fait de donner un critère de différenciation suffit pour connaître juridiquement ce qu'il en est. Mais la simple formulation du critère laisse ouverte la question de savoir si la différence est significative. L'exemple champêtre de Chaïm Perelman est très parlant⁹⁰ : interdire le lait de vache produit en dessous de 1000 mètres d'altitude a une visée protectionniste évidente, car il est difficile de penser que l'altitude influe de façon significative sur la qualité du lait. Les critères impliqués par la règle de justice peuvent donc être évalués à l'aune d'une certaine ontologie, c'est-à-dire à l'aune d'une certaine théorie de l'être. Cette question est une question proprement philosophique (voire métaphysique) et consiste à savoir ce que sont vraiment les choses.

La justice ultime peut bien être une visée du droit mais elle n'en est pas le point de départ. La règle de justice peut nous conduire à poser la question de la justice en un sens absolu, autrement dit indépendamment des règles posées par tel ou tel législateur. Ce faisant, il s'agit d'une approche spéculative. Une analyse positiviste se contente d'assigner à la règle de justice un certain champ, le plus souvent l'univers de référence auquel l'auditeur adhère. Dans un procès institutionnellement organisé, les références pertinentes sont couramment désignées comme les sources du droit.

Ainsi, la compréhension de l'égalité suppose une théorie de l'identité. Cette définition du « même » est essentielle car, nous venons de le voir, justice et ontologie sont étroitement liées.

Dans une analyse strictement positive du droit (tenant compte seulement des textes dits « en vigueur ») nous pouvons donc conclure que ni l'égalité, ni l'identité ni la cohérence ne sont « données ». C'est même là l'effort cognitif particulier du juriste que de rendre raison et de retrouver, au-delà des contradictions apparentes, la cohérence qu'implique nécessairement la règle de justice. Et si les distinctions auxquelles cet exercice peut mener paraissent trop fines, peu significatives, scolastiques ou byzantines, il faudra les réformer en légiférant différemment sur l'être des choses. Tels sont les problèmes d'un savoir juridique positif. Ils ouvrent ainsi la porte à une question plus profonde encore en soulignant que la véritable justice s'enquiert de l'être lui-même. Cette question ontologique n'est plus le point de départ mais bien la visée ultime de tout questionnement juridique. Par là se trouve confirmé que le fondement de tout savoir juridique est bien la règle de justice.

* * *

⁹⁰ Ch. Perelman, *Ethique et droit*, Bruxelles, Edition de l'université de Bruxelles, 1990, p.50.

15. En guise de conclusion

Au terme de ce parcours ne sommes-nous pas tombés dans le piège que nous dénoncions dès l'introduction ? Nous voulions éviter la spéculation mais le fondement du savoir juridique n'est-il pas lui-même une spéculation ? L'objection est compréhensible et classique. Pourtant, elle ne porte pas. Ce que nous visions à critiquer est moins la spéculation en tant que telle qu'un cloisonnement implicite qui s'est installé au fil des années. Aux théoriciens du droit appartiendrait la réflexion spéculative et théorique sur la définition du droit. Aux sociologues et ethnologues appartiendraient la théorisation de la réalité empirique correspondant à la pratique du droit. Enfin, les praticiens du droit n'auraient rien du tout à faire valoir, si ce n'est, en forme de consolation, leur propre pratique ou savoir-faire. Or, précisément, c'est le travail de ces praticiens qui n'avait jamais été explicitement pensé dans sa dimension cognitive. La démarche spéculative a pleinement sa place lorsqu'elle ne vise pas à dire ce qui est « du droit » mais bien plus modestement à déterminer ce que « faire du droit » signifie d'un point de vue épistémologique. Tout notre propos a consisté à substituer à la question « *qu'est-ce que le droit ?* », la question « *qu'est-ce que faire du droit ?* »

A cet égard, nous devons être honnête. Nous nous sommes inspirés de nombreuses idées qui étaient déjà bien établies depuis des années. Notre apport aura été de les agencer en ayant comme but de faire apparaître l'existence théorique et pratique de ce que nous pouvons désormais appeler sans faux-semblants « le savoir juridique ».

Christian Atias n'a cessé de mettre en valeur dans ses écrits ce savoir juridique dont l'épistémologie tente de faire la théorie. Nous lui avons emprunté l'idée que ce savoir pouvait non seulement être théorisé mais encore pensé et fondé de façon *autonome*. Edmund Husserl nous a alors permis de justifier le choix de prendre comme point de départ « ce qui apparaît », à savoir le travail des praticiens. Emmanuel Kant nous a fourni la méthode analytique pour trouver, à partir du métier du juriste, le fondement du savoir juridique. Michel Foucault a permis de confirmer l'idée d'autonomie du savoir juridique. Selon cet auteur, toute pratique fabrique un discours dont les règles de formation sont propres et irréductibles à des fondements philosophiques plus généraux comme par exemple le sujet transcendantal ou un ordre des choses. Chaïm Perelman nous a fourni notre outil principal, à savoir la règle de justice. Mais nous l'avons complètement détournée de son banal usage argumentatif pour l'élever au rang d'une véritable règle de formation du discours juridique. Chaïm Perelman nous a encore permis de comprendre, grâce au concept d'auditoire, que la théorie des sources du droit peut s'analyser comme le champ de l'argumentation efficace en pratique et non comme une théorie ontologique sur ce qui est « du droit ». De façon plus surprenante, nous avouons même avoir été inspiré par Hans Kelsen. Sa théorie pure du droit vise à définir un objet juridiquement autonome, sans mélange avec d'autres disciplines et purement formel. Or nous avons en définitive procédé de la même sorte pour le travail des praticiens. La règle de justice ressemble à s'y méprendre à une théorie pure du discours juridique. Elle est « pure » car sans mélange d'aucun contenu, totalement invariante, strictement formelle. Le caractère formel de la règle de justice

fait même son universalité. En cela, elle permet de penser le savoir impliqué dans le métier du juriste. Enfin, nous avons emprunté à Michel Villey l'idée que la préoccupation de la justice est au cœur de l'activité juridique mais sans pour autant ramener la règle de justice à la valeur de justice. De façon apparemment paradoxale, nous avons ainsi articulé l'exigence de justice avec une théorie pure du travail des praticiens tout en maintenant la dimension argumentative et cognitive du discours juridique. Certains pourront s'étonner de ces grands écarts *a priori* peu respectueux des traditions et des habitudes prises en théorie comme en pratique. Pourtant, il se pourrait bien que cette articulation fût l'empreinte même du juridique, cette réalité impalpable devenue tout à la fois si familière et si mystérieuse dans nos sociétés contemporaines.