



**HAL**  
open science

## Le discours juridique à travers ses acteurs

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le discours juridique à travers ses acteurs. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2017, 03, pp.762. halshs-01843475

**HAL Id: halshs-01843475**

**<https://shs.hal.science/halshs-01843475>**

Submitted on 26 Jun 2023

**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 discours juridique à travers ses acteurs

*M. Xifaras, Théorie des personnages juridiques, RFDA 2017. 275 ; C. Jamin, Juges et professeurs. Quelques hypothèses sur une très française répartition des rôles, in Le magistrat et le professeur. Hommage à Walter van Gerven, Larcier, 2017, p. 143*

Frédéric Rouvière

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Laboratoire de théorie du droit*

Les deux articles précités examinent le problème du discours juridique du point de vue des acteurs du droit, c'est-à-dire des rôles qu'ils occupent sur la scène juridique. Les contributions se complètent parfaitement car la première propose une analyse théorique à travers l'idée de personnage juridique tandis que la seconde adopte un point de vue historique illustré par les rôles assignés au professeur et au juge en France. Il est donc intéressant de savoir dans quelle mesure la théorie de la première contribution peut s'appliquer à la seconde et ainsi faire un bilan de ces approches.

L'article substantiel de Mikhaël Xifaras a certes pris naissance sur le terreau du droit administratif mais l'analyse possède un tel degré de généralité qu'elle est sans hésitation transposable à l'ensemble du discours juridique. C'est bien de cela dont il s'agit : proposer une nouvelle façon de penser le droit à travers la pratique de son discours par les acteurs du droit (avocats, juges, professeurs, administrateurs...). L'originalité foncière de l'étude est de prendre le contrepied du point de vue traditionnel en considérant que la rationalité du droit n'est pas à rechercher dans son objet (les règles du droit positif et leur cohérence interne) mais plutôt dans « l'étude du comportement des acteurs » et le rapport qu'ils entretiennent à leur objet : « le droit c'est ce que font les juristes » (M. Xifaras, préc., p. 276).

L'intérêt et l'enjeu principal de l'étude est de comprendre les contraintes qui pèsent sur les discours juridiques selon le rôle pris par celui qui parle. Par exemple, le doyen Vedel nommé au Conseil constitutionnel a persévéré dans le rôle du professeur (ton objectif, caractère savant du discours etc.) ce qui était contre-productif face à ses collègues principalement issus du monde politique. De même, les différents rôles possèdent des exigences contradictoires : le juge doit montrer à ses pairs qu'il a jugé selon le droit et au public selon la justice ; l'avocat doit à la fois défendre les intérêts de son client et présenter la solution comme conforme au droit (p. 278). La théorie des personnages juridiques permet alors de comprendre pourquoi certains types d'arguments peuvent être exclus du discours : un haut fonctionnaire académique s'interdit, en raison de son rôle, l'usage de théories anarchistes (p. 286). La théorie des personnages juridiques est donc un cadre pour des études empiriques précises.

La métaphore du théâtre n'est pas ici un simple ornement mais une perspective féconde pour décrire de façon fine les interactions entre les juristes pris dans le même jeu du droit. Le personnage n'est pas l'homme ou la femme de chair et de sang mais « un modèle à imiter pour se présenter sur la scène juridique » (p. 281) même si, comme au théâtre, l'acteur peut parfois ne plus sortir de son rôle, même dans sa vie privée. Pour résumer, le personnage juridique conditionne le discours (sans déterminer de façon rigide son contenu), conduit vers une façon d'ordonner le matériau juridique (sans recherche nécessaire d'une solution unique) et fixe un registre stylistique (neutralité, sobriété...).

L'article de Christophe Jamin s'inscrit justement dans cette perspective théorique dessinée par Mikhaël Xifaras en exposant pleinement les *rôles* de différents acteurs de la scène juridique. Il s'agit d'une analyse comparative entre les juges judiciaires et administratifs dans leurs rapports avec les professeurs de droit. Pourquoi les juges judiciaires laissent-ils aux professeurs le soin de systématiser le droit positif tandis que les juges administratifs partagent ce rôle avec les professeurs ? (C. Jamin, préc. p. 144-145).

Pour Christophe Jamin c'est l'histoire qui livre la clé de l'analyse. Les civilistes ont élevé de fait le juge au rang de législateur pour procéder à une réforme d'un code civil considéré comme vieillissant. Dans cette vision, la limite du

pouvoir du juge se trouve alors dans les constructions juridiques, élaborées par les professeurs (p. 146). Le savoir arrête le pouvoir. C'est cette répartition des rôles qui s'est perpétué entre la Cour de cassation et les universitaires au point qu'un ancien président de la Cour de cassation ait pu écrire qu'il appartient aux professeurs de systématiser et aux juges de concevoir des solutions réalistes et équitables. On le voit, une fois les rôles distribués, les professeurs perdent leur légitimité à critiquer socialement ou moralement les solutions du juge mais ce dernier s'abstient symétriquement de toute volonté de systématiser.

Ce qui est troublant est que la même histoire ne se répète pas en droit administratif où c'est le Conseil d'État qui tient le haut du pavé pour systématiser, les professeurs n'ayant qu'un rôle supplétif dans « un chœur à deux voix » (Jean Rivero) où le contrôle technique des solutions par la doctrine est tout simplement exclu. Les membres du Conseil d'État monopolisent les rôles et les discours : ils jugent les litiges, conseillent le Parlement et le Gouvernement et systématisent leur propre production (p. 154).

Pour Christophe Jamin, cette répartition des rôles expliquerait que les professeurs de droit public aient tendance à investir des domaines comme la théorie de l'État ou l'histoire de la pensée juridique (p. 156) tandis que leurs homologues en droit privé seraient plus tentés de rejoindre la Cour de cassation pour réunir sur une même tête savoir et pouvoir.

La théorie des personnages juridiques (TPJ) proposée par Mikhaël Xifaras nous paraît présenter des intérêts immenses. Elle permet de ne plus s'interroger de façon abstraite sur la définition du droit mais sur sa pratique. Elle mêle habilement l'analyse concrète et théorique et navigue entre la compréhension sociologique, stratégique et technique du discours juridique. La TPJ trouve une illustration frappante dans l'article de Christophe Jamin qui procède sans le dire à une étude des registres auxquels les protagonistes se sont livrés. En droit privé, on distingue bien le rôle du juge, réformateur du social, de celui du professeur, théoricien systématique. En droit administratif, le juge parvient à synthétiser tous les rôles ce qui paraît conduire les professeurs à s'orienter vers le personnage type de « l'esprit qui réfléchit » (M. Xifaras, préc., p. 146).

Si Mikhaël Xifaras ne l'écrit pas, il a dû certainement être inspiré par Gilles Deleuze et Félix Guattari qui ont développé l'idée de personnage conceptuel comme le Socrate de Platon, le Dionysos de Nietzsche, le libertin de Pascal, personnages qui permettent de penser et de résoudre des problèmes (G. Deleuze et F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Éditions de Minuit, 1991, p. 62 et s.).

De même, la TPJ est étrangement proche de la distinction entre l'*habitus* et le champ chez Pierre Bourdieu.

Pour ce dernier, l'*habitus* est la façon dont l'ordre social s'imprime spontanément dans l'individu et influence sa façon d'agir (*Méditations pascaliennes*, Seuil, 2003, p. 207-208). Cette idée se retrouve dans l'interprétation existentielle de la TPJ lorsque le masque du personnage colle à la peau.

Le champ correspond à un espace autonome du social qui se reproduit par lui-même (l'art, le sport, le journalisme, etc.). Chaque champ est animé par des rapports de forces entre dominants et dominés qui cherchent à modifier ou conserver leurs positions. Il est doté d'une capacité à s'auto-organiser et à se différencier d'autres champs. À cela correspond l'interprétation de la TPJ en termes de stratégies rhétoriques des acteurs selon les positions institutionnelles qu'ils occupent. Le champ bourdieusien ne détermine pas les pratiques des acteurs mais fixe des contraintes : de la même façon, la TPJ décrit des contraintes qui s'imposent à l'acteur (M. Xifaras, préc., p. 285).

Aussi, la TPJ apparaît à nos yeux comme une théorie fortement teintée d'analyse sociologique et dans laquelle il paraît difficile de ne pas considérer l'influence de l'office sur l'officier. En prenant le même point de départ selon lequel « le droit c'est ce que font les juristes », il serait possible de déplacer l'analyse vers les contraintes formelles qui pèsent sur le discours juridique tout en maintenant que le discours crée son propre objet. C'est alors la façon d'interpréter les textes qui refléterait l'esprit du droit et non des normes en particulier qui n'ont pas de sens en dehors des interprétations des acteurs. Ce modèle de la méthode juridique permettrait justement de comprendre et de décrire ce qu'il y a de

commun dans toutes les argumentations et les débats entre juristes. Le problème est de déterminer à quel point la théorie du droit savant peut être pensée indépendamment de ses déterminants sociologiques (comme les rapports de force). Sans conteste, l'immense contribution de l'étude de Mikhaël Xifaras est de renouveler de façon puissante la façon de questionner la pratique des juristes.

La description par Christophe Jamin de la répartition des rôles entre professeurs et juges s'inscrit selon nous dans ce même problème de l'articulation entre le droit savant et les positions d'influence. Il met fortement l'accent sur le pouvoir dont le savoir ne constitue que l'outil ou la modalité d'exercice. Le juge-savant est doublement en situation de pouvoir : parce qu'il juge le litige (pouvoir institutionnel) et qu'il théorise sa propre pratique (pouvoir intellectuel).

L'analyse de Christophe Jamin pourrait à son tour être éclairée par un autre concept de Bourdieu, celui d'*illusio* (entendue comme « jeu » et non « illusion »). L'idée est que l'acteur adhère aux normes et valeurs qui structurent le champ dans lequel il agit. À son insu, les normes du champ le façonnent. C'est exactement ce que Christophe Jamin décrit. Alors qu'outre-Atlantique il est naturel que le professeur soit aussi un juge, ce n'est pas du tout le cas en France. Le juge a soit la préséance sur le professeur (exemple du Conseil d'État) ou bien les rôles sont définis de façon très étanches (exemple de la Cour de cassation). Dans toutes les hypothèses, il s'agit d'une incorporation pratique des règles et pratiques spécifiques d'un champ, principe même de l'*illusio*. Christophe Jamin explique dans cette veine que le monopole du discours doctrinal des professeurs lui semblait naturel alors qu'il était encore aspirant professeur (C. Jamin, préc., p. 147). C'est un effet typique de l'*illusio*.

Il y a donc un renversement théorique surprenant qui nous guette. En analysant le droit comme un champ (au sens de Bourdieu) comportant des normes et des valeurs qui le régissent, le droit n'existe que s'il y a des auteurs pour en jouer le drame. En prendre conscience c'est ouvrir la possibilité de faire un pas de côté en refusant la valeur du jeu et en critiquant ses règles. Le jeu juridique devient d'autant moins désirable. En cela, on revient au problème initial sur lequel s'ouvre l'article de Mikhaël Xifaras : pourquoi le droit devrait prévaloir sur le charisme, la tradition, la politesse ou l'idéologie pour régler des conflits ? À moins de considérer que la critique faite de la répartition des rôles entre professeurs et juges relève à son tour d'une reconfiguration et d'une reconstruction des rapports de forces ?

En définitive, l'idée même de répartition des rôles évoque une division des tâches et par là même des pouvoirs. Celui qui concentre dans ses mains toutes les tâches s'impose sans difficulté pour diriger le champ dans lequel il s'inscrit. L'analyse est indéniablement éclairante et fertile. Cependant, elle insiste sur le conflit et les oppositions au lieu de privilégier l'espace commun de discussion dont disposent les juristes. Si l'avocat peut s'adresser au juge et si le professeur peut à son tour répondre au juge c'est qu'il existe un modèle commun de compréhension. La communauté des juristes n'est pas seulement une réalité sociologique elle est également savante (épistémique). Il faut certes analyser les influences sociales et rhétoriques qui traversent le droit mais prendre garde de ne pas l'y réduire. Sinon, c'est tout un pan du discours juridique qui risque d'être occulté, un espace dans lequel il possède une valeur intrinsèque de « jeu sérieux ». Selon cette hypothèse, le droit vaut d'abord par ses raisonnements et ses arguments. Les juristes ne sont pourtant pas inconscients ou dupes sur l'existence objective des concepts juridiques ou de la cohérence du droit. Les juristes savent qu'ils manipulent des artefacts théoriques. Ce qu'il faudrait alors déterminer est pourquoi ils acceptent de jouer si sérieusement le jeu du droit. Ce fond commun pourrait bien être la scène sans laquelle les drames politiques du droit ne pourraient pas se jouer.