



HAL
open science

François Colonna d'Istria, Philosophie du droit et pratique des juristes

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. François Colonna d'Istria, Philosophie du droit et pratique des juristes. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 01, pp.221. halshs-03664260

HAL Id: halshs-03664260

<https://shs.hal.science/halshs-03664260v1>

Submitted on 14 Sep 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.

François Colonna d'Istria, *Philosophie du droit et pratique des juristes*

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Et si la philosophie du droit empêchait les juristes de se doter d'une théorie de leur propre pratique ? C'est à cette question, d'apparence paradoxale, que tente de répondre l'ouvrage de François Colonna d'Istria. Son idée fondamentale est que la philosophie du droit comporte une espèce de vice originel. Elle s'est définie comme critique de la pratique du droit, comme une dévalorisation de l'activité intellectuelle des juristes, refusant ainsi de mettre en valeur les traits cognitifs propres au déploiement du droit devant les tribunaux, dans les cabinets d'avocats, les études de notaire ou les bureaux des entreprises.

La thèse est forte et originale.

Elle apporte un éclairage décisif sur le rejet quasi instinctif des juristes pour la spéculation et les problèmes de fondement. Elle explique aussi que nombreux sont ceux qui sont prêts à affirmer « ma pratique me suffit » dans un mouvement de défense face à la spéculation abstraite. Refusant cette opposition simpliste entre théorie et pratique, l'ouvrage de François Colonna d'Istria reconfigure profondément le problème. Pour lui, la vraie philosophie du droit sera celle que les juristes voudront bien forger et non celle qu'ils importeront de systèmes philosophiques étrangers.

Cependant, l'injonction n'est-elle pas contradictoire ? Peut-on tout à la fois refuser la philosophie puis la reconvoquer pour éclairer la pratique ? En vérité, la thèse de François Colonna d'Istria est plus subtile que cela. Elle consiste à déplacer le centre de gravité de la réflexion et non à supprimer toute référence à la philosophie. Nous ne sommes donc pas dans la caricature qui oppose une vaine théorie à une pratique utile mais plutôt dans une position inverse où la théorie est utile pour que la pratique ne soit pas vaine. Pour cela, François Colonna d'Istria procède en deux temps : le refus d'une philosophie du droit qui rendrait la pratique vaine ouvre le champ à une pratique qui appelle à être théoriquement et philosophiquement élaborée. Déconstruire l'influence de la philosophie sur la pratique (première partie de l'ouvrage) permet de reconstruire une philosophie à partir de la pratique (deuxième partie de l'ouvrage).

La première partie de l'ouvrage est ainsi essentiellement une critique. Elle montre comment les définitions du droit, loin de servir l'idée de pratique, nous en éloignent. Pour notre auteur, l'histoire de la philosophie ne nous livre que deux modèles de fondation du droit : le réel ou la volonté. En somme, le droit est soit dans un objet à décrire, soit dans un sujet qui l'édicte.

Le droit comme réel à connaître lui permet de réunir sous une même bannière deux courants de pensée qu'*a priori* tout oppose, à savoir le droit romain et le réalisme juridique. Le point commun réside précisément, selon François Colonna d'Istria, dans l'idée que le droit ne serait pas dans les textes mais dans la réalité. Qu'il s'agisse de la *natura* romaine importée de l'idée grecque de *cosmos* ou des thèses socio-réalistes, la position ne se modifie pas : il s'agit toujours de voir le droit comme l'expression d'un ensemble de faits organisés comme un système.

À cet égard, il faut saluer l'excellente mise en perspective du droit romain où notre auteur, à partir d'exemples choisis, montre avec brio que les dimensions casuistes et systématiques de la pratique romaine ont permis de la fonder sur l'idée de nature. En transférant ses caractères à un concept abstrait (la nature), le droit romain aurait progressivement perdu son âme. Paradoxalement, le souci de fonder la pratique dans une définition du droit qui la dépasse lui a retiré

une grande partie de son relief. C'est pour l'auteur ce même mouvement qui se retrouve dans les thèses socio-réalistes, très actives aux États-Unis depuis le XX^e siècle. Au motif que le droit est une réalité complexe, vivante et mouvante, les discussions pratiques sur les textes sont moquées au motif pris de leurs abus logiques. François Colonna d'Istria, montre selon nous de façon convaincante, que c'est ici la conception *a priori* du droit qui dicte la façon de penser la pratique et de dénigrer les méthodes classiques d'analyse et d'interprétation des juristes.

Il reste alors à s'intéresser à une autre façon de fonder le droit, à savoir par la volonté. Cette idée est assurément plus familière aux juristes contemporains, habitués aux thèses de Kelsen et au positivisme légaliste de façon générale. Selon l'analyse volontariste, le droit est ce que le souverain édicte, dans la droite ligne de la conception du philosophe Hobbes. La pratique verra donc dans la compréhension et l'interprétation de la volonté du souverain la clé de l'application du droit. L'effet du droit est alors centré sur une idée toute politique, celle de force et de la domination.

Toutefois, François Colonna d'Istria propose une lecture déroutante de l'idée de volonté en la ramenant à celle en vigueur dans le stoïcisme (principalement Épictète et Sénèque), ce qui, à notre connaissance, n'avait jamais été proposé. Il en ressort un parallèle étonnant : la volonté stoïcienne présente tous les caractères du positivisme juridique. Il s'agit dans les deux cas d'une volonté à la fois auto-réalisatrice (elle crée du droit par sa propre force), extra-mondaine (le devoir-être prime l'être) et rationnelle (les règles sont systématiques et tendent vers une unité). Le fondement moderne du droit puiserait ainsi, selon François Colonna d'Istria, ses racines dans le stoïcisme. La thèse est très audacieuse, fondée conceptuellement mais sans doute historiquement difficile à étayer.

L'identité de structure du concept de volonté justifie certes le rapprochement mais n'explique pas l'influence réelle que le stoïcisme aurait jouée sur Hobbes ou même sur Carré de Malberg. Il n'en reste pas moins que cette identité conceptuelle permet à François Colonna d'Istria une relecture de la volonté. Décentralisée, elle donne naissance à l'institutionnalisme (les volontés naissent d'agents pluriels) ou au contractualisme (le point d'ancrage est alors l'individu). C'est ainsi de façon contre-intuitive que Kelsen est classé par l'auteur dans le pluralisme en considérant que pour le célèbre philosophe autrichien chaque organe étant habilité produit des normes, il y a donc bien pluralisme de sources. La norme fondamentale peut même se ramener aux caractéristiques de la volonté stoïcienne : auto-réalisatrice, elle est bien extra-mondaine, rationnelle et unitaire.

Le bilan de la première partie de l'ouvrage est déroutant. Beaucoup de repères classiques sont bousculés. L'approche n'est pas historique mais structurelle : François Colonna d'Istria vise à montrer les correspondances secrètes et cachées et les connivences conceptuelles qui unissent des courants de pensée qu'on ne songerait pas *a priori* à mettre en relation. Le savoir juridique (épistémologie) est fondé sur une définition préalable du droit (ontologie). Celle-ci conditionne fortement la façon de concevoir la pratique.

L'importance accordée à la nature comme ensemble de faits conduit la pratique romaine à les approfondir et les méditer, comme en atteste l'adage *ex facto jus oritur*. De même, l'importance accordée à la vie sociale tire le raisonnement juridique vers l'analyse politique dont le bras armé sera la proportionnalité : tout est affaire de balance. L'importance accordée à la volonté conduit enfin à une interprétation fondée sur la généalogie des normes et sur l'intention de leur auteur.

C'est moins le détail des techniques juridiques d'interprétation qui importe que le mouvement qui va de la définition du droit vers son concept pratique. Pour le dire plus brutalement, la pratique est déduite de la théorie. La vision du raisonnement juridique dévoile le présupposé adopté sur le concept de droit. Pour neutraliser ce lien, François Colonna d'Istria propose alors de ne plus définir le droit en tant que tel mais d'abord de méditer sur la pratique du droit ; en bref de passer du registre ontologique au registre épistémologique, à savoir poser la question « qu'est-ce que faire du droit ? » et non « qu'est-ce que le droit ? » (comme nous l'avions déjà proposé ; F. Rouvière, Le fondement du savoir juridique, RTD civ. 2016. 295).

La deuxième partie de l'ouvrage tente ainsi cette aventure d'une définition du droit à partir de sa propre pratique, sans prendre parti sur le caractère volontaire ou social du droit. Pour cela, François Colonna d'Istria pense le problème par analogie avec les conceptions épistémiques des sciences de la nature. Pour une telle analyse, il faudra établir une réalité empirique, des propositions dotées de généralité et l'existence d'une causalité en les retravaillant dans la perspective propre du droit.

Le caractère empirique est affirmé dans la pure existence des textes sur lesquels les juristes travaillent. Ils ne sont ni règles ni normes mais vecteurs de solutions. La théorie des sources est revisitée comme théorie des données positives du droit (J. Ghestin, Les données positives du droit, RTD civ. 2002. 1) et les solutions textuelles sont vues comme des données empiriques détachées de leur auteur et de toute finalité politique. Ils seront traités comme des choses, à l'instar des faits naturels. La vision du texte est strictement pragmatique : ses lecteurs sont anonymes et ils y cherchent des solutions articulées en concepts. Le texte est un être qui n'exprime aucun devoir-être. Ainsi, la théorie des sources ne répond plus à la question de savoir d'où vient le droit mais à celle de déterminer quelles données permettent de faire du droit. C'est sur cette base que loi et jurisprudence ont vocation à permettre la formulation d'hypothèses de type si (a) alors (b) à l'instar des sciences.

De cette façon, le savoir juridique s'ouvre, comme les sciences, à la généralité. Ainsi peu importe que le droit soit « dur » ou « souple » : il suffit de reconnaître un texte comme apte à la généralisation, seul critère épistémologique pertinent pour François Colonna d'Istria.

Pour parachever la constitution d'une épistémologie autonome du droit et libérée d'une ontologie préalable, François Colonna d'Istria conçoit la causalité en droit comme strictement formelle. Il met ainsi à l'écart la conceptualisation du droit comme réalité sociale si chère aux divers réalismes. La forme consiste à reconstruire la justification interne des textes, hors de leur finalité. Ce n'est plus l'objectif de la règle qui importe mais sa capacité à être expliquée, au sens d'être incluse dans un réseau. La forme est alors une causalité « idéelle » qui neutralise la finalité réellement poursuivie. Le savoir des juristes se présente ainsi en dernière instance non comme un savoir des résultats mais comme un savoir d'arguments. La forme garantit impartialité, rationalisation et mise à l'écart des passions. La force de décontextualisation de la forme permet encore de maintenir à l'écart les débats moraux, précisément ceux que la proportionnalité tente de réintroduire. L'ouvrage se termine ainsi sur un commentaire étoffé d'un cas étudié par la Cour européenne des droits de l'homme.

Nous acquiesçons pleinement à l'importance de la forme et à ses fonctions même si la position n'est pas aisée à tenir. D'ailleurs, François Colonna d'Istria ne se défend pas de l'accusation de formalisme au sens où, d'après lui, la pratique du droit est formelle par essence. Il n'en reste pas moins que ce formalisme reste, à nos yeux, susceptible de degrés. Dans quelle mesure le refus de considérer toute finalité conduit à paralyser le jeu d'arguments comme l'analogie ou l'*a fortiori* dans lesquels la finalité est mobilisée pour invalider les ressemblances de surface entre deux cas ? « Comparaison n'est pas raison » dit l'adage. L'usage de la finalité paraît inévitable.

Aussi, le bilan de la seconde partie est peut-être plus déroutant encore. L'auteur a-t-il réussi à tenir le pari d'une épistémologie détachée de toute ontologie ? On pourrait lui opposer qu'il défend au fond une ontologie pragmatique du droit, ce à quoi il répondrait sans doute que son ontologie n'étant ni factuelle ni volontaire, elle repose sur la seule autonomie du texte et qu'elle n'est donc pas une philosophie critique. Cependant, la tentative de transposer les concepts des sciences de la nature (empirie, généralité et causalité) dans le champ de la pratique du droit ne nous convainc que partiellement. Il s'agit en effet plus d'une comparaison évocatrice que d'un transfert conceptuel strict. Le texte est une réalité empirique mais il a une origine humaine à la différence des faits dont se saisit la physique. La causalité strictement formelle évacue toute dimension factuelle. Seule la généralité demeure inchangée car elle est celle du concept, présent en sciences comme en droit.

N'y a-t-il pas un pari difficile à tenir en invoquant des concepts fondés sur l'idée de factualité (empirie et causalité) tout en évacuant cette dimension dans leur réutilisation ? C'est l'une des audaces que François Colonna d'Istria se permet pour prendre position dans le débat difficile sur la nature et la portée du savoir juridique. Il est vrai que Christian Atias dans son dernier ouvrage *Épistémologie juridique* (Dalloz, 2002) avait tracé une voie semblable qui consiste à emprunter des concepts à l'épistémologie générale des sciences pour penser l'épistémologie du droit. Cependant, devant la difficulté à établir autre chose que des comparaisons fonctionnelles (F. Rouvière, Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ?, RRJ 2015. 2213), nous pensons plus simple de tirer parti des réflexions issues de la logique et des mathématiques. Ces dernières ne sont pas empiriques et donc non scientifiques au sens strict du terme. Les mathématiques sont un langage. Or, si le droit est texte, autant assumer cet aspect et le traiter pleinement comme langage (en ce sens, A. Sériaux, *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020) sans prendre le détour périlleux de la question empirique hors de toute analyse sociologique. Pour autant, la réserve que nous émettons montre que François Colonna d'Istria a gagné sur le point essentiel : il parvient à recentrer le débat sur des questions strictement épistémologiques et non plus sur l'éternelle question de la définition du droit. C'est sans doute ici l'apport le plus fondamental de l'étonnant ouvrage de François Colonna d'Istria, à savoir parvenir à nous convaincre que les juristes puissent élaborer leur propre épistémologie sans la déduire d'une ontologie préalable.

Étonnant, l'ouvrage de François Colonna d'Istria l'est en définitive à plus d'un titre. Il procède non pas à une analyse historique des auteurs mais à une recherche de structures conceptuelles communes. Il étonne ainsi par l'invocation du stoïcisme. Il étonne encore par sa remise en cause de la nécessité d'une définition préalable du droit et montre ses effets pervers sur la juste compréhension du savoir juridique. Il étonne une nouvelle fois en tentant d'effectuer un parallèle entre les concepts des sciences de la nature et ceux de la science du droit, prenant en définitive cette dernière expression au sérieux.

Si la philosophie commence par l'étonnement, on peut dire que l'ouvrage de François Colonna d'Istria en constitue haut la main un morceau choisi. Par un paradoxe assumé, il montre que la vraie philosophie pratique du droit (celle qui médite la pratique) commence lorsque cesse la philosophie classique du droit (celle qui vise à le définir). Ses positions sont souvent nouvelles, décalées et novatrices et risquent de prendre la majorité des lecteurs à rebrousse-poil. Mais au fond n'est-ce pas précisément ce qu'on attend de toute vraie recherche : ouvrir des nouveaux horizons de débat et de discussion ? Par le renversement qu'il inaugure entre la théorie et la pratique, entre l'ontologie et l'épistémologie, François Colonna d'Istria apporte une contribution significative au débat sur le concept de droit. Les arguments et les moyens qu'il emploie pourront certes ne pas toujours emporter la conviction. Gageons toutefois que cette lecture constituera une citation nécessaire à côté des classiques définitions du droit données en première année. Pourtant, il se pourrait que son véritable apport soit bien au-delà encore. François Colonna d'Istria a moins œuvré à mettre un point final à la discussion qu'à construire un immense point d'interrogation que toute méditation sur le droit ne pourra désormais plus éviter. Et si la pratique des juristes était l'avenir de la philosophie du droit ?