



HAL
open science

Présentation du dossier thématique “ Droit, justice et catégorisations ”

Julie Colemans, Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Julie Colemans, Baudouin Dupret. Présentation du dossier thématique “ Droit, justice et catégorisations ”. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2021, Volume 86 (2), pp.123-149. 10.3917/riej.087.0123 . halshs-03920445

HAL Id: halshs-03920445

<https://shs.hal.science/halshs-03920445>

Submitted on 3 Jan 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.

Présentation du dossier thématique « Droit, justice et catégorisations »

Julie Colemans et Baudouin Dupret

“Categories are the tools of systematic thinking. They enable us to organize our ideas, to draw analogies, and to make distinctions. In this respect categories are important in law because they are important in life. [...] Legal rules not only prescribe results, but they also create (or recognize) the categories of conduct to which the rules apply. Without categories there could be no rules” Schauer, 1981, p.265.

« Le droit est la manière dont l’Occident ordonne les règles qui s’imposent aux hommes »¹. Si cette citation capture certainement quelque chose de ce que John Austin appelait « le droit à proprement parler »², on ne manquera en même temps pas de sourciller devant sa formulation généralisante et, pour ainsi dire, « naturaliste ». Le droit s’impose-t-il vraiment avec tant de naturel ? Les juristes raisonnent-ils juridiquement comme Monsieur Jourdain faisait de la prose, sans s’en rendre compte³ ? Les concepts et catégories juridiques ne laissent d’intriguer le chercheur avide de comprendre comment ils sont concrètement compris et utilisés, par les professionnels chargés de les « appliquer » comme par les autres usagers qui y sont confrontés. A l’autre bout du spectre, les faits, « réalité tangible et matérielle »⁴, s’offrent-ils si aisément au praticien du droit ? Ne relèvent-ils pas toujours d’une forme de sélection et, partant, de construction ?⁵ Le travail du professionnel du droit consiste souvent à relier ces deux entités, différentes par nature : le droit et ses catégories, formulés de manière générale et abstraite, et les faits, apparaissant comme des phénomènes singuliers et concrets. A travers ce dossier, nous tentons de comprendre l’alchimie qui fait tenir, dans une décision, faits et droit, et nous proposons d’interroger les processus ordinaires de catégorisation qui soutiennent le raisonnement pratique, aussi bien professionnel que profane, en contexte juridique.

¹ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, p.85.

² J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*.

³ Plusieurs juristes en sont convaincus et partent de ce constat pour investiguer cet impensé – ou peu pensé – de la pratique juridique. Voir Ch. Vautrot-Schwarz, 2009, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2009 ; F. Rigaux, *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997 ; M. Cumyn et Gosselin, ‘*Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*’, 2016.

⁴ T. Janville, *La qualification juridique des faits*, Presses universitaires d’Aix-Marseille 2004, p.24.

⁵ J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, FUSL, Bruxelles, 1980.

Afin de baliser conceptuellement ce champ d'étude, nous revenons brièvement sur la manière dont la science juridique a défini la nature et la fonction des catégories dans le raisonnement juridique. Nous détaillons ensuite les outils analytiques que l'ethnométhodologie propose pour saisir les catégorisations dans la vie ordinaire du droit. Enfin, nous présentons les différentes contributions à cette première livraison de la RIEJ sur ce thème.

1. La catégorisation juridique ou la qualification conceptualisée par la science juridique et la théorie du droit

Les catégories juridiques constituent la « matière élémentaire »⁶ du raisonnement juridique et désignent des « ensembles de droits, de choses, de personnes de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun »⁷. En droit, l'opération de catégorisation est dénommée « qualification » et constitue « une opération du raisonnement juridique à laquelle se livrent tous les acteurs du droit »⁸. Considérée comme le « nerf du raisonnement juridique »⁹ qui « pénètre le droit tout entier »¹⁰, la qualification semble susciter, en dehors du droit international privé¹¹ à qui elle pose depuis longtemps des problèmes pratiques, qu'un intérêt limité au sein de la doctrine et de la théorie du droit¹². Il faut attendre les années 2010 pour que la qualification fasse l'objet d'études systématiques, comme si elle ne constituait qu'un des « lieux communs de la pensée juridique »¹³.

Comme point de départ, nous proposons de retenir la définition proposée par Vautrot-Schwarz qui désigne la qualification juridique comme « l'opération du raisonnement juridique qui consiste à faire

⁶ J.-L. Bergel en parle comme les « rudiments de la science du droit » dont elles forment « la matière élémentaire ». Voir J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis, Paris, 2003, pp.209-210.

⁷ *Ibid.*, p.209.

⁸ Vautrot-Schwarz, *op.cit.* note 3, p.1.

⁹ Rigaux, *op.cit.* note 3, p.18.

¹⁰ H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé* (2e éd.). LGDJ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, n°258.

¹¹ Comme l'affirme expressément Alain Papaux, « la mise en perspective des institutions du for par comparaison avec celles étrangères ruine l'univocité des catégories juridiques, obtenue à la faveur d'habitudes de pensée densément sédimentées dans la culture du for » A. Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Schulthess, Zurich, 2003, p.15.

¹² Mentionnons toutefois l'ouvrage de J. Lenoble et F. Ost (*op.cit.* note 5) qui en étudiant le mode de fonctionnement du discours juridique opèrent un dévoilement de l'illusion des faits, des règles et de l'application des secondes aux premiers.

¹³ F. Rigaux, *op.cit.* note 3.

entrer un objet dans une catégorie juridique, préétablie ou non, dans le but d'ouvrir l'application à l'objet ainsi qualifié du régime juridique ou de l'effet de droit attaché à la catégorie en cause »¹⁴.

1.1 Raison juridique et application du droit

Le positivisme juridique, qui, dans sa version élémentaire, conçoit le droit comme un système de normes cohérent, univoque et complet, envisage l'opération de qualification comme une opération mécanique d'application de la règle au cas : « La qualification juridique des faits consiste en une opération intellectuelle ayant pour fonction de les soumettre aux normes qui leur sont *objectivement applicables* »¹⁵. L'application des lois renvoie à une opération de déduction logique et à des règles objectivement applicables. Qualifier des faits, objets, actes revient à les *subsumer* sous des catégories légales, par le biais d'opérations d'étiquetage¹⁶.

Le couple identité-conformité¹⁷ forme le noyau du raisonnement juridique qui passe du même au même : le cas est un exemplaire, une espèce, d'une norme générale, le genre. Il « suffit » de trouver le rapport d'identité qui unit le cas à la règle en satisfaisant aux conditions nécessaires et suffisantes de la catégorie visée. « Dans le cas de la subsomption-déduction, on s'attache à repérer des identités de structure permettant d'établir un constat de conformité : le cas n'est que la reproduction du modèle, l'application de la catégorie »¹⁸.

La qualification est consubstantielle à une logique classificatoire¹⁹ qui identifie et classe un objet d'expérience comme un exemplaire particulier d'un même général²⁰. « Le rattachement d'une situation juridique à une catégorie a pour effet de la soumettre aux règles de droit qui régissent

¹⁴ Ch. Vautrot-Schwarz, op.cit. note 3, p.23.

¹⁵ J.-L. Bergel, op.cit., note 13, p.222.

¹⁶ P. Amssele, *Interprétation et droit*, Bruylant P.U., Aix en Provence.1995, p.24 et 25. L'idée d'étiquetage n'est pas sans évoquer la théorie sociologique du labelling de Howard Becker.

¹⁷ M. Delmas-Mar

¹⁸ F. Ost, *Le droit comme traduction*, Presses Universitaire de Laval 2009, p.51.

¹⁹ « La classification consiste à opérer une ou plusieurs divisions au sein d'un univers, c'est-à-dire d'un ensemble d'objets. Chaque division crée ainsi autant de sous-ensembles qu'il y a de discriminations au fondement de la division. Ces sous-ensembles sont des catégories qui doivent renfermer un certain nombre d'objets – ou au moins un objet – présentant une ou plusieurs caractéristiques communes, qui sont différentes, voire opposées à celles que présentent les objets laissés en dehors de la catégorie. Ces caractéristiques forment les critères de la catégorie et en déterminent la définition » (Ch. Vautrot-Schwarz, op.cit. note 3, p.12).

²⁰ T. Janville, *La qualification juridique des faits*, t. 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

celle-ci. Le droit procède par **classifications** pour insérer les réalités qu'il traite dans l'organisation du système juridique »²¹.

Cette logique de classement caractérise la théorie classique de la catégorisation, qui définit *l'appartenance*²² à une catégorie selon que l'occurrence à classer présente l'ensemble des propriétés jugées nécessaires et suffisantes pour définir « intensionnellement » la catégorie.

Le syllogisme, ce raisonnement déductif qui lie des prémisses à une conclusion, partage la logique déductive du classement. La subsomption-déduction concentre ce qui fait le noyau du raisonnement juridique à travers sa formalisation logique, d'une part, et à travers la classification, d'autre part. La qualification est un habillage conceptuel qui consiste à retrouver, en la chose à qualifier, une « essence ou structure typique s'inscrivant dans notre répertoire de catégories »²³. Qualification, syllogisme et application du droit forment la matrice conceptuelle du raisonnement juridique rationaliste. Cette pensée dominante²⁴ en Europe continentale²⁵ du 19^{ème} siècle et du début du 20^{ème} siècle a été remise en question par le tournant linguistique et par l'herméneutique dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle.

1.2 Tournant linguistique et interprétation du droit

Pour reprendre les mots de B. Frydman, le *linguistic turn*²⁶ marque le « passage d'une philosophie de la conscience, centrée sur le sujet de la connaissance, vers une philosophie centrée sur le langage »²⁷. Dans les années 1970, le tournant linguistique, qui a affecté la plupart des sciences sociales, a également imprimé un changement épistémologique au sein des sciences juridiques, ouvrant le phénomène juridique à une problématique sémiotique²⁸. Le droit, alors vu comme un système

²¹ J.-L. Bergel, op.cit. note 13, p.219. Notons que la première édition de son ouvrage date de 1985). A notre sens, une situation de fait n'est pas a priori juridique, mais le devient sous l'effet de la qualification.

²² « Qualifier c'est établir une relation d'appartenance entre la situation factuelle et un certain type de situation désigné dans l'hypothèse de la règle de droit » (F. Rigaux, op.cit. note 3, p.67).

²³ Amselek op.cit. note 32, p.25.

²⁴ Nous n'abordons que les écoles dominantes. Epinglons cependant le projet scientifique de François Gény dont Benoît Frydman présente la pensée dans une contribution intitulée « François Gény, mythe et réalités : 1899-1999 ». *Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2000, Blais - Dalloz – Bruylant.

²⁵ La tradition de common law a, à l'égard de l'école de l'exégèse, un rapport beaucoup plus lâche puisque la codification y a joué un rôle mineur. Le réalisme juridique américain incarné par K. Llewellyn et R. Pound a développé une approche pragmatique du raisonnement juridique dès le début du 20^{ème} siècle.

²⁶ Richard Rorty (dir.), *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*, The University of Chicago Press, 1967.

²⁷ B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, coll. Penser le droit, Bruxelles, 2005, p.533.

²⁸ D. Bourcier et Mackay, op.cit. note 11 ; Van Andel et Bourcier, 1999

cohérent de règles imposé par un acte de volonté,²⁹ se mue en discours, en acte de langage³⁰. Un des effets les plus remarquables de ce tournant épistémologique a consisté à désacraliser la volonté de l'auteur des normes juridiques. L'émetteur du message compte moins que le message lui-même et les interprétations qui pourront en être faites par les différents destinataires. En outre, considérer le droit comme un discours signifie ouvrir le droit à la polysémie inhérente à toute forme de langage et soumettre le droit à l'interprétation³¹. Quant au juge, d'apporteur compliant de la loi, il se mue en interprète parfois très créatif³². Certains auteurs poussent cette conception jusqu'à considérer le droit comme une « interprétation autoritaire de la réalité, attribuant à ses éléments des statuts ou propriétés. Le droit est une herméneutique officielle du monde »³³.

Les théoriciens du droit trouvent en l'herméneutique philosophique³⁴ un cadre de pensée privilégié pour conceptualiser le droit et son rapport aux faits. Nait une herméneutique juridique qui prend un nouvel essor, tout en se redéfinissant³⁵. Le droit comme langage se nourrit de linguistique, de sémiotique, d'herméneutique, de rhétorique³⁶, qui ont comme commun objet le langage.

« Sémiotique et herméneutique constituent les lieux privilégiés d'assomption du langage dans une dimension non exclusivement linguistique mais, plus fondamentalement, comme vecteur de la catégorisation, partant comme médium inéluctable de la qualification »³⁷. La qualification est considérée comme une opération de traduction : « Pour déterminer la solution de droit applicable à

²⁹ « La théorie de la connaissance, en abandonnant la référence du sujet de connaissance, fut-il transcendantal, pour l'étude du langage, change de perspective. L'interrogation centrale ne porte plus sur la faculté de représentation de l'objet par un sujet, mais sur la propriété du langage à refléter ce dont il traite, c'est-à-dire sur une théorie de la signification émancipée de la psychologie. [...] Ce nouveau tournant va permettre de dépasser enfin la réduction du sens à l'intention de l'auteur, dont les Modernes demeuraient prisonniers, pour envisager désormais l'étude de la signification dans le cadre global d'une théorie de la communication » (Frydman, op.cit. note 43, p.535).

³⁰ B. S. Jackson, *Making Sense in Law. Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, Deborah Charles Publications, 1995. Voir aussi Legault, 1977.

³¹ J. Lenoble et F. Ost (op.cit. note 5, p.102 s.) à travers une théorisation de l'herméneutique juridique montrent à quel point l'interprétation est diffuse dans les pratiques juridiques à partir du moment où l'on considère le droit comme un langage. Pour une étude historique de l'interprétation et de la raison juridique, voir B. Frydman op.cit. note 43.

³² M. van de Kerchove (dir.) *L'interprétation en droit*, FUSL, 1978 ; P. Amselek, op.cit. note 32.

³³ C. Grzegorzczuk, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, 1990-11, p.31-34.

³⁴ Gadamer, *Vérité et méthode*, Seuil, Paris, 1966 ; P. Ricoeur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in P. Amselek, *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp.177 s.

³⁵ L'herméneutique est la « discipline de l'interprétation, constituée au service de l'exégèse religieuse et conçue d'abord comme la science des règles présidant à l'explication des textes, c'est-à-dire un art technique » (Wilhelm, 2005). « Dans un article intitulé le problème de l'herméneutique, Hans-Georg Gadamer écrit que la traduction a valeur de modèle pour l'herméneutique » (ibid.)

³⁶ Perelman traite dans un ouvrage qui a durablement marqué la philosophie et la théorie du droit des moyens discursifs afin d'obtenir l'adhésion, en circonscrivant son étude aux seules techniques utilisant le langage pour persuader et pour convaincre (C. Perelman et L. Olberechts Tyteca, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, p.10).

³⁷ A. Papaux, op.cit. note 18, p.229.

une situation de fait, il convient de *traduire* les faits en *langage juridique*. Le droit procède ici par qualification, c'est-à-dire qu'il donne une étiquette aux hommes, aux actes et aux choses »³⁸.

Dès lors, le syllogisme et le raisonnement déductif qui lui est consubstantiel ne constituent plus le seul modèle permettant de penser le raisonnement juridique. « Entre le fait et le droit se noue une véritable *dialectique*, le réel étant aménagé « en vue du droit applicable » par chacun des acteurs de la vie juridique. [...] Cette osmose progressive du fait et du droit est, bien entendu *l'œuvre du langage juridique*, le concept servant à reproduire le « récit » du cas litigieux étant bien souvent le même que celui qu'utilise l'hypothèse de la norme. »³⁹

Alain Papaux⁴⁰ a théorisé le passage du formalisme déductiviste à une herméneutique dynamique. La qualification-abduction permet d'appréhender la complexité du réel. L'analogie se trouve au cœur de la pensée abductive et permet de rendre commensurables des entités qui sont par nature hétérogènes.

1.3 Le droit comme instrument : consécration d'un pragmatisme juridique ?

Les années 2000 ont vu apparaître dans la littérature continentale⁴¹ des positions théoriques et doctrinales de plus en plus pragmatiques⁴². Celles-ci sont souvent présentées comme une réponse à la complexité⁴³ croissante à laquelle le droit doit faire face : complexification des sociétés contemporaines globalisées⁴⁴, complexité du droit en vigueur⁴⁵ et diversification des situations factuelles de plus en plus inédites et imprévues. Le droit s'en trouve redéfini. La multiplicité des intérêts et des valeurs à réguler a mené la théorie du droit à percevoir ce dernier comme un *instrument* au service des politiques à mener, des intérêts à protéger, des luttes identitaires ou des problèmes à résoudre.

³⁸ Ph. Jestaz, *Le droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 9^{ème} éd., 2016, p.111. Dans le même sens, la qualification est le « processus par lequel à des « faits » l'ont fait correspondre une catégorie du discours juridique » (F. Blanchard, op.cit. note 11, p.224).

³⁹ J. Lenoble et F. Ost, op.cit. note 5, pp.104-105.

⁴⁰ A. Papaux, op.cit. note 18.

⁴¹ Le réalisme américain a consacré cette démarche empirique depuis le début du XX siècle avec comme figure de proue K. Llewellyn. Voir l'édition de sa *Theory of Rules* par Schauer qui en donne une excellente introduction.

⁴² Cette tendance fait débat au sein de la doctrine. Boris Barraud oppose au pragmatisme qu'il appelle de ses vœux, un dogmatisme qu'il définit comme « l'attitude de qui accepte une affirmation uniquement en fonction de l'autorité de celui qui en est à l'origine, sans vérification aucune de son bien-fondé concret » (B. Barraud, *La recherche juridique. Sciences set pensées du droit*. L'Harmattan, 2016, p.11.)

⁴³ Delmas-Marty Mireille, « La grande complexité juridique du monde » in Paul Bourguin éd., *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique. Autour d'Henri Atlan*. Paris, La Découverte, « Recherches », 2008, p. 349-362.

⁴⁴ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016 ; B. Frydman.

⁴⁵ Cette complexification du droit prend les traits du réseau qui succède à la figure de la pyramide des normes voir F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002 ; B. Barraud, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux*, L'Harmattan, 2012.

Ce tournant pragmatique⁴⁶ met au centre des préoccupations juridiques « ce qui concerne les faits, [...] ce qui présente la qualité de s'attacher à l'action pratique, à ses résultats et à ses conséquences, ce qui juge de la valeur des choses à l'aune de leur possibilité d'application pratique, ce qui œuvre dans le but de produire des effets pratiques »⁴⁷. L'accent est résolument mis sur le contexte particulier afférent au cas à trancher. L'école de Bruxelles se revendique de cette approche pragmatique et « appréhende la règle de droit dans la perspective de son application discutable et controversée à une situation concrète où elle prend son sens et produit ses effets. Elle accorde dès lors une place déterminante aux contextes d'application dans une double perspective, d'une part, de compréhension et d'interprétation de la règle de droit et, d'autre part, d'observation des effets qu'elle produit dans le champ social et d'initiatives pour en influencer le cours »⁴⁸

La conception du droit, instrument au service des problèmes à résoudre, modifie un des fondamentaux doctrinaux, jusqu'ici relativement préservé : la préséance du droit sur les faits⁴⁹. Les faits occupent dès lors une importance accrue dans l'analyse juridique⁵⁰. Il s'agit à présent de « penser par cas »⁵¹. Selon les termes de F. Ost, « le raisonnement juridique doit être compris comme un raisonnement pratique en situation qui travaille par élaboration de 'cas' plus que par application de 'règles' »⁵² Le raisonnement syllogistique classique subit un virage à 180 degrés⁵³ : l'interprète part des problèmes – toujours singuliers – que la réalité pose au droit pour « tenter de dégager une

⁴⁶ « Sur le plan méthodologique, le pragmatisme constitue un mode d'appréhension des données qui rejette l'idée de toute essence des choses ou des concepts et se détourne de toute idéologie, de toute théorie, voire de toute définition préétablie d'un objet. La recherche du « vrai » et la construction d'un récit sur le monde partent lors de l'observation de ce que les choses produisent, de l'expérience ou des données empiriques » (V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p.344). Cette acception du pragmatisme ne doit pas être confondue avec la sociologie pragmatiste inspirée par Dewey.

⁴⁷ B. Barraud, op.cit. note 58, p.319.

⁴⁸ B. Frydman, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de Bruxelles » in R.I.E.J.2013.70, pp.92-93.

⁴⁹ La distinction du fait et du droit imprègne la culture juridique de droit civil depuis le 18^{ème} siècle.

⁵⁰ Barraud fait du titre d'un article de Carbonnier (1995), « Dans le divorce du fait et du droit, c'est le droit qui a tort », la devise de l'approche pragmatique qu'il prône. Cet aphorisme « invite toujours à chercher à faire coller le droit au fait, loin de vouloir faire coller le fait au droit » (Barraud, op.cit. note 58, p.326).

⁵¹ Un dossier spécial a été consacré à l'étude de la pensée par cas dans cette revue. Voir RIEJ 2014/2 (volume 73). Sinon, l'ouvrage de référence est Passeron et Revel, 2005. Voir particulièrement Livet, P. 2005. Les diverses formes de raisonnement par cas. In J. Passeron, et J. Revel (Eds.), *Penser par cas*. Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales. doi :10.4000/books.editionsehess.20001

⁵² F. Ost, « Penser par cas : la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique », RIEJ, 2014.73, pp. 99-100.

⁵³ Le réalisme juridique américain traverse l'Atlantique et se répand dans la pensée romano-germanique. Les théoriciens conceptualisent le jugement comme un « syllogisme à rebours », « le juge commence par se faire une idée de la solution puis élabore son argumentation (P. Abravanel, 'Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire', *Scheizerische Juristen-Zeitung*,1991, p.167), selon l'expression fameuse de Holmes « we decide, then we deduce » (Holmes, cité par Robert Danisch, *Pragmatism, Democracy, and the Necessity of Rhetoric*, 2007, p.13).

orientation normative⁵⁴ ». Le mouvement de digitalisation du droit accentue la perception du travail juridique comme une question de « problem solving »⁵⁵. Le droit devient un objet de recherche saisi dans sa singularité : « Il devient nécessaire de tenir compte de la singularité de chaque contexte, de chaque circonstance, et d'intégrer une pluralité d'ordres de considération dont le poids respectif est appelé à être réévalué pour chacun des cas singuliers à résoudre »⁵⁶. La situation factuelle devient dès lors l'objet d'une attention renouvelée dont la porte d'entrée a été la qualification juridique elle-même.

Dans ce mouvement, la qualification fait l'objet d'un regain d'intérêt en partie dû à l'abandon du tropisme contentieux qui liait qualification et application du droit par les juges. La littérature contemporaine⁵⁷ complexifie l'opération de qualification en soulignant ses « affres »⁵⁸ ou ses « démons »⁵⁹.

Plutôt que de décrire de manière prescriptive ce qu'est le raisonnement juridique et la qualification qui en est le noyau, les chercheurs se sont attachés à savoir à quoi sert la qualification et comment elle se déploie dans différents cas de figure. Deux aspects de la qualification ont été mis en lumière. D'une part, la qualification est l'opération par laquelle, à l'aide des catégories juridiques⁶⁰, un *problème* peut être résolu : « La qualification consiste à rattacher les *faits* à l'*origine du problème* à une catégorie juridique (par exemple, un brevet, une vente, un vol) ; la catégorie juridique indique ensuite quelles sont les règles applicables »⁶¹. D'autre part, la qualification permet de désigner le régime juridique adéquat afin que puisse être adoptée la *solution* la plus profitable⁶², le « *résultat*

⁵⁴ F. Ost, op.cit. note 79, p. 104.

⁵⁵ Le *problem solving* (les systèmes experts) « ont pour objectif d'utiliser un ensemble de connaissances et les mécanismes de la machine pour simuler la démarche d'un expert chargé de résoudre un problème : diagnostic, aide au choix par prédiction des conséquences, proposition de solutions en fonction des faits » (D. Bourcier et al., *Droit et intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Romillat, 2000, p.10)

⁵⁶ V. Champeil-Desplats, op.cit. note 61, pp.404-405). Voir aussi Dupret « Le général et le particulier », *Tracés*.

⁵⁷ Epinglons la réédition en 2014 de l'ouvrage de François Téré – « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications »- paru initialement en 1957 qui offre une grille de lecture novatrice pour l'époque puisqu'il analyse la qualification sous le prisme de l'instrumentalisation du droit des contrats par les cocontractants

⁵⁸ M. Nicod, (ed.) *Les affres de la qualification juridique*, *Les affres de la qualification juridique*. Toulouse: Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole (Actes de colloques de l'IFR), 2018, Available at: <http://books.openedition.org/putc/904> (Accessed: 8 February 2021).

⁵⁹ Arzoumanov et al., *Le démon de la catégorie. Retour sur la qualification en droit et en littérature*, Mare et Martin, 2016.

⁶⁰ A nouveau, la catégorie est saisie à partir de sa fonction et non de sa définition. « La catégorie a pour fonction essentielle de mettre en relation les situations factuelles qu'elle regroupe et le régime juridique qui leur est globalement applicable » (Cumyn et Gosselin, op.cit. note 3, p.338).

⁶¹ M. Cumyn et Gosselin, op.cit. note 3, p.331.

⁶² Certains auteurs se montrent relativement méfiants. « En l'absence de critères catégoriques indiscutables, la qualification juridique n'est pas exempte d'incertitudes, de controverses, voire de détournements. Aux hésitations inhérentes au choix d'une catégorie s'ajoute, en effet, le risque d'une instrumentalisation des catégories. Comment s'assurer que celui qui opère le classement de faits n'oriente pas leur qualification en

utile, pratique, juste, équitable »⁶³. La qualification devient ainsi téléologique, le juriste raisonnant dès lors « à rebours, en considérant la conclusion, plus que ses prémisses ».⁶⁴ Une même situation de fait peut dès lors susciter plusieurs qualifications juridiques différentes dont chacune est soumise à des règles propres. De plus, il est fréquent qu'une même situation et une même qualification puissent donner lieu à l'application d'une pluralité de régimes juridiques différents. Le raisonnement téléologique ou son double inversé, le raisonnement conséquentialiste, ont comme dénominateur commun de processualiser le raisonnement juridique. D'une opération ponctuelle, la qualification se mue en art de composer avec la diversité du réel et l'hétérogénéité des référents juridiques. Ainsi, la « démarche effective du juriste tissée de tâtonnements et de choix, d'appréciations et de jugements de valeurs »⁶⁵ constitue l'objet privilégié des théoriciens de la qualification⁶⁶.

« L'opération juridique fait subir à l'objet initial une transformation parfois considérable, ce que les sociologues appelleraient une *construction*, à ceci près qu'elle n'a pas de vocation explicative mais normative.⁶⁷ Différentes des constructions décrites par les sociologues qui tentent de dévoiler quelque chose du réel, les constructions juridiques se caractérisent par leur extrême abstraction et la mise à distance de l'objet initial. Le droit n'a pas l'ambition de la réalité, moins encore de la vérité, il réinvente un autre monde »⁶⁸. Le sens des notions « s'établit progressivement et se nuance au fur et à mesure des applications qu'il reçoit et des controverses que sa mobilisation suscite »⁶⁹. Dans le débat entre réalistes et dogmatiques américains au sujet de l'explication du raisonnement juridique, la question est peu ou prou de savoir si c'est-ce le juge ou la règle de droit qui détermine la solution du litige. Pour Brunet, qui commente l'ouvrage de Schauer⁷⁰ sur le raisonnement juridique, « La résolution du paradoxe est ici non pas une question de logique mais de connaissance empirique et de savoir-faire. Pour penser comme un juriste (ou comme un avocat), il faut non seulement connaître les arguments auxquels sont sensibles les juges mais aussi savoir les dissimuler derrière des règles de

fonction des finalités qu'il poursuit ? Sans doute serait-il présomptueux de prétendre à une classification purement objective, détachée de toute arrière-pensée sur les règles qui découlent de la catégorie retenue » (Nicod, op.cit. note 75)

⁶³ J.-L. Bergel, op.cit. note 13, p.143

⁶⁴ J.-L. Bergel, op.cit. note 13, p.143.

⁶⁵ Papaux, op.cit. note 18, p.18.

⁶⁶ Notons qu'il s'agit d'un virage assez net avec les fondements du positivisme juridique dont le projet initial a été d'affranchir le droit moderne de la morale et de toute forme de valeur.

⁶⁷ Notons que les constructions sociales mises en avant par les sociologues ne sont pas uniquement descriptives mais peuvent également être normatives. On pense notamment à la construction sociale de la race ou du genre.

⁶⁸ M.-A. Hermitte, « Le droit est un autre monde » in *Enquête*, n°7, 1999, p.1

⁶⁹ B. Frydman, Le droit comme savoir et comme instrument d'action dans la philosophie pragmatique, J.-Y. Chérot (dir.) *Doctrine juridique et philosophie politique et morale*, Cahier de méthodologie juridique, n°31, 2018, p.1807.

⁷⁰ Schauer Frederick, *Thinking Like A Lawyer. A New Introduction To Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009.

droit qui parviendront à justifier telle solution plutôt que telle autre.»⁷¹. La porte est ainsi ouverte à une respécification du raisonnement juridique et de son fonctionnement catégoriel.

2. Respécification de la qualification juridique

L'identification d'une boîte noire dans le raisonnement juridique est au cœur de ce dossier spécial : les compétences incorporées des professionnels, la part du raisonnement allant de soi, le cheminement intellectuel ordinaire, les modes de pensée qui vont de soi et ne suscitent pas d'interrogation particulière⁷², l'implicite des pratiques ordinaires de catégorisation qui soutiennent et sous-tendent le raisonnement juridique, les opérations « préqualifiantes ».⁷³

Par leur niveau d'abstraction et de généralité, les catégories juridiques ne fournissent pas les appuis pratiques nécessaires à leur application ; elles doivent nécessairement être accompagnées d'exemples ou de modèles, « non pas simplement pour les illustrer mais pour les signifier, pour qu'elles puissent faire sens et non demeurer dans des formules creuses »⁷⁴. Entre le droit et le cas s'ouvre un espace d'interprétation⁷⁵ qu'il importe de comprendre. La qualification ne peut jamais être mécanique, mais suppose nécessairement des choix, des actions et raisonnements pratiques, certains de sélection, d'autres d'exclusion, dont les modalités constitutives, telles qu'elles s'accomplissent dans chaque occasion, sont rarement interrogées en elles-mêmes. C'est dans cet espace qu'interviennent les routines, les savoirs d'expérience, les savoirs de sens commun, l'utilisation d'artefacts cognitifs, qui permettent de réaliser le travail de liaison du cas et du droit. Le travail de qualification juridique des faits se trouve ainsi ouvert à une « respécification », c'est-à-dire à l'opération non pas de déni de sa réalité empirique, mais de description de ses modalités concrètes de réalisation.

⁷¹ P. Brunet, « Le raisonnement juridique dans tous ses états » in *Droit et société*, n°83(1), 2013, p.202.

⁷² Le “seen but unnoticed” de Garfinkel ; littéralement, ce qui est vu sans qu'on y prête attention.

⁷³

⁷⁴ A. Papaux, « Comparaison générique vs comparaison prototypique. Ou de l'évaluation « conforme » par concept-mesure à l'évaluation instituante ou « analogique » par concept-matrice » in *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLV, n°138, 2007, p.131.

⁷⁵ A. Cicourel parle des « procédés interprétatifs » qu'il considère comme des ressources de sens des structures sociales. Il fait du processus interprétatif une étape préalable indispensable à l'opération de qualification juridique. « *Les membres d'une société doivent apprendre à assigner une signification à leur environnement pour pouvoir établir les rapports entre les règles de surface et les cas particuliers. Les procédés interprétatifs sont donc des propriétés invariables du raisonnement pratique quotidien et sont nécessaires pour attribuer une signification aux règles* » (A. Cicourel, *La sociologie cognitive*, PUF, 1979, p.66).

« Raisonnements, jugements et connaissances ne peuvent se manifester qu'à travers des actions – y compris l'action de les énoncer ou de les écrire »⁷⁶. D'une part, la cognition ne se déploie pas comme une sphère autonome ou préexistante qui détermine l'action ; de l'autre, les phénomènes sociaux ne peuvent être réduits à une conscience individuelle ou à une personne unique : « Si on renonce à des conceptions idéales de l'action rationnelle, il devient possible de se pencher sur les caractéristiques du savoir que l'acteur met en œuvre lorsqu'il a à choisir raisonnablement entre diverses lignes de conduite, c'est-à-dire sur les opérations de jugement, de choix, d'évaluation des conséquences et tout ce qu'il utilise de fait »⁷⁷. La localisation de l'esprit 'dans la tête' des sujets n'est jamais suffisante pour rendre compte de nos significations, de nos apprentissages, de nos raisonnements »⁷⁸. Les activités sont organisées séquentiellement et compréhensibles processuellement⁷⁹. L'activité de penser est incarnée, située dans des pratiques, dans un monde d'objets. Respécifié, le raisonnement apparaît comme une tâche observable et descriptible à travers les pratiques qui le révèlent. Dans cette perspective praxéologique, la question n'est pas d'identifier le modèle de raisonnement qui permet de rendre compte de la pensée formelle ou rationnelle, mais de mettre en lumière toutes les opérations épistémiques pratiques⁸⁰ qui contribuent à tracer les chaînes inférentielles du raisonnement. Dans notre cas, elle consiste à savoir comment les professionnels ou profanes catégorisent, classent, comprennent, comparent, trient, à toute fin juridique pratique⁸¹. Ces opérations tendent à domestiquer⁸² le réel en ramenant l'inconnu du cas singulier à des savoirs d'expérience.

⁷⁶ C. Lemieux, « Jugements en action, actions en jugement » in L. Kaufmann, F. Clément (dir.), *Sociologie cognitive, La maison des sciences de l'homme*, Paris. 2011, p.260.

⁷⁷ J.C. Heritage, « L'ethnométhodologie : une approche procédurale de l'action et de la communication » in *Réseaux*, vol. 9, n°50, 1991, p.96.

⁷⁸ J. De Munck, *L'institution sociale de l'esprit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, Paris 1999, p.10.

⁷⁹ M. Lynch, « Ethnométhodologie et pratique scientifique : la pertinence du détail » in *Cahiers de Recherche Sociologique*, vol. 5, n°2, 1987, pp.45-62.

⁸⁰ A. Ogien (2009) distingue la sociologie de la connaissance ordinaire qui met en avant les opérations épistémiques permettant de rendre publiques les significations déposées dans le monde et les conceptions et savoirs de sens commun qui permettent d'interpréter le monde. A. Ogien, « Du sens commun comme d'une sorte de faculté de juger » in GAUTIER Claude et LAUGIER Sandra (dir.), *Les voies du sens commun*, PUF, Paris, 2009, pp.445-463.

⁸¹ Pour paraphraser l'expression de Garfinkel « for all practical purposes ».

⁸² M. Callon « Éléments pour une sociologie de la traduction : la domestication des coquilles Saint-Jacques et des marins-pêcheurs dans la baie de Saint-Brieuc » in *L'Année Sociologique (1940/1948-)*, 36, 1986, pp. 169-208.

2.1 Le phénomène juridique saisi par l'ethnométhodologie

L'ethnométhodologie, fondée par Harold Garfinkel dans les années 1960 aux Etats-Unis, est ce courant « radicalement sociologique »⁸³ qui veut rendre compte de façon détaillée des procédures qui constituent l'action en train de se faire. L'ethnométhodologie étudie les manières (les « méthodes » du terme « ethnométhodologie ») par lesquelles les gens (les membres d'un groupe, d'une « ethnie » quelconque, l'ethno de l'« ethnométhodologie ») prêtent un sens à leur monde d'action, s'orientent vers ce monde et le pratiquent quotidiennement et routinièrement⁸⁴. Autrement dit, elle recherche empiriquement les méthodes que les acteurs utilisent pour donner du sens et concomitamment accomplir leurs actions quotidiennement⁸⁵. L'attention se porte moins sur les états mentaux des acteurs rationnels⁸⁶ que sur les activités pratiques, sur la matérialité du raisonnement qui s'inscrit dans des procédés, des pratiques, des routines ou des artefacts. L'accent n'est donc pas mis sur les seuls acteurs mais sur leurs pratiques en contexte⁸⁷.

L'activité judiciaire intéresse les ethnométhodologues depuis de nombreuses années. Garfinkel a étudié le raisonnement pratique des jurés⁸⁸ dès les années 1960, accordant une attention particulière aux savoirs de sens commun. Wieder⁸⁹ a étudié le code des détenus, c'est-à-dire un ensemble de maximes de conduites permettant aux détenus d'interpréter et de catégoriser les événements auxquels ils sont confrontés. L'analyse de conversation a puisé dans les interactions judiciaires un matériau empirique riche et puissant pour comprendre les tours de parole et la séquentialité des échanges dans la sphère judiciaire⁹⁰. Matoesian a décrit les procès pour viol sous le prisme du langage qu'il considère non comme un « simple véhicule passif d'imposition et de transmission du droit, mais [aussi comme un véhicule actif qui] constitue et transforme la preuve, les

⁸³ M. De Fornel, A. Ogien et L. Quéré, *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale*, Paris, La découverte, 2001.

⁸⁴ B. Dupret, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, 2006, p.173.

⁸⁵ A. Coulon, *L'ethnométhodologie*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 2007.

⁸⁶ Qu'il s'agisse d'une rationalité stratégique, axiologique ou cognitive (Boudon, 2003).

⁸⁷ Pour F. Cantelli sont au cœur de la sensibilité pragmatique, une démarche ethnographique, le souci de la matérialité des dispositifs de coordination et l'attention prêtée au pluralisme. Voir F. Cantelli et al. (dir.), *Sensibilités pragmatiques. Enquêter sur l'action publique*, P.I.E. Peter Lang, série Action publique, n°5, Bruxelles, 2009, p.15 et s.

⁸⁸ D. Maynard et J. F. Manzo ont également étudié la prise de décision au sein de jury. D. Maynard et J.F. Manzo, « Justice as a phenomenon of order: Notes on the Organization of a Jury Deliberation » in M. Travers et J.F. Manzo (dir) *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Dartmouth/Ashgate, 1997.

⁸⁹ D. L. Wieder, *Langage and Social Reality : the Case of Telling the Convict Code*, Mouton, 1974.

⁹⁰ M. Travers et J.F. Manzo (dir) *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Dartmouth/Ashgate, 1997; J.M. Atkinson et P. Drew, *Order in Court: The Organization of Verbal Interaction in Courtroom Settings*, Macmillan, 1979 ; D. W. Maynard, *Inside Plea Bargaining : The Language of Negotiation*, Plenum Press, 1984 ; M. Komter, *Dilemmas in the Courtroom : A Study of Trials of Violent Crime in the Netherlands*, Lawrence Erlbaum Associates, 1998.

faits et les règles en objets pertinents du savoir juridique »⁹¹. Selon lui, la structure sociale, perçue comme objectivement contraignante, est créée par les interactions ordinaires par le biais des catégorisations, routinisations et normalisation des actions, acteurs et relations⁹².

Au sein de ces travaux, l'ethnographie ethnométhodologique utilise les acquis de l'ethnométhodologie et de l'analyse de conversation afin de « respécifier » l'objet des études juridiques en montrant comment s'organise pratiquement les activités juridiques et juridictionnelles. « Au lieu de faire l'hypothèse que les acteurs suivent des règles, l'intérêt de l'ethnométhodologie est de mettre à jour les méthodes par lesquelles les acteurs 'actualisent' ces règles »⁹³. Cette démarche praxéologique⁹⁴ permet de saisir la pratique⁹⁵ du droit, le « droit tel qu'il se fait » et non tel qu'il se pense⁹⁶, le droit en action plutôt que le droit des livres. Le phénomène juridique apparaît comme un phénomène situé, un accomplissement social⁹⁷. Il s'agit de « saisir le droit tel qu'en lui-même, dans son déploiement contextuel, ses interactions, son activité de production de sens, ses pratiques. Le droit en action⁹⁸, c'est-à-dire le **droit en tant qu'activité pratique en contexte**. La règle ne peut être saisie en dehors de sa pratique et, inversement, il n'y a pas de pratique – fût-elle de dénégation, de contournement ou d'instrumentalisation – d'une règle sans identification préalable de celle-ci. Le phénomène juridique, en tant que phénomène social, n'est pas réductible aux seules dispositions législatives, mais doit être étudié dans ses pratiques d'interprétation, de mobilisation, de référencement. La lecture isolée du texte juridique, *a priori* « clair », pose rarement des difficultés aux juristes, contrairement aux notions floues et indéterminées, tels que les standards juridiques ou les principes généraux de droit, qui sont consubstantiellement indéterminés. C'est en contexte que le texte légal dévoile son lot d'interprétations, d'hésitations et d'arbitrages. Confronté à un cas hors du commun ou posant des difficultés pratiques⁹⁹, les juges sont parfois démunis, malgré l'existence de

⁹¹ G. Matoesian, *Law and the Language of Identity: Discourse in the William Kennedy Smith Rape Trial*, Oxford University Press, 2001, p.3.

⁹² G. Matoesian, *Reproducing Rape: Domination Through Talk in the Courtroom*, University of Chicago Press, 1993, p.25.

⁹³ A. Coulon, op.cit. note 139, p.25.

⁹⁴ « L'analyse praxéologique a choisi de décrire les modes de production, de reproduction, d'intelligibilité, de structuration et de publicité du droit et des activités qui s'y rattachent » (Dupret, op.cit. note 138, p.186)

⁹⁵ La posture pragmatique qui, selon N. Dodier, s'est développée en sociologie « *aux carrefours du pragmatisme, de l'interactionnisme, de l'ethnométhodologie, de l'ethnographie des sciences et des approches cognitives de l'action située.* » Voir N. Dodier, « Les appuis conventionnels de l'action. Eléments de pragmatique sociologique » in *Réseaux*, vol. 11, n°62, pp.63-85 1993, p.67.

⁹⁶ B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte, 2004.

⁹⁷ M. Lynch, « Wittgenstein, règles et épistémologie » in *Rue Descartes*, n°31(1), pp.11-59. 2001.

⁹⁸ M. Travers et J.F Manzo, op.cit. note 144.

⁹⁹ Repensons à l'exemple développé par C. Perelman à propos de la pancarte interdisant aux chiens d'accéder à l'espace public. La lecture de la loi ne pose pas de problème et n'engendre pas un raisonnement interprétatif. C'est quand l'homme de loi est confronté à la venue d'un rat domestiqué, d'un chien d'aveugle ou d'un chimpanzé que la règle pose des problèmes d'interprétation. L'interprétation littérale de la pancarte mène à

textes peu équivoques sur papier. Il importe de se pencher sur la pratique du droit pour qu'émergent les problèmes d'interprétation qui forment le terreau du raisonnement juridique pratique¹⁰⁰, ce que la seule lecture de la loi ne permet pas de saisir. Ancrer la recherche dans cette perspective pragmatique rend le chercheur « sensible »¹⁰¹ aux détails et aux méandres de l'action juridictionnelle. « Ce qui échappe très largement à l'analyse faite habituellement du droit, c'est que celui-ci est avant tout une action, une performance, une réalisation, une pratique »¹⁰². Ces pratiques ne sont pas étudiées comme des occurrences de « concepts transcendants de l'action »¹⁰³, mais elles permettent d'interroger le fonctionnement concret et situé de l'action de décider, de se référer au droit, de l'appliquer, de le contourner.

2.2 L'approche praxéologique des catégories

A condition de se détacher d'une vision objectivante et aprioriste des **catégories**¹⁰⁴, nous pouvons affirmer, avec Hofstadter et Sander¹⁰⁵, qu'elles sont le « cœur de la pensée ». Elles sont omniprésentes dès qu'il s'agit d'appréhender le réel en le mettant en mots. Les catégories nous aident à comprendre et à agir sur le monde qui nous entoure et constituent le support de la cognition. Qu'elles soient appréhendées comme des classifications ou comme des notions fondamentales, elles constituent les outils de base qui permettent de réduire la complexité du réel en l'organisant. Tout en structurant la pensée, elles objectivent l'expérience vécue, la rendant communicable. L'enquête sur les catégories¹⁰⁶ propose « d'explorer la valeur opératoire des catégories » plutôt que de cantonner la catégorie à une forme d'objectivation¹⁰⁷.

une conclusion logiquement irréprochable si on accepte des ours, rats et chimpanzé mais pratiquement invraisemblable, bref déraisonnable.

¹⁰⁰ A. Papaux (op.cit. note 125) a amorcé un tournant pragmatique en théorie du droit. Il a élaboré une théorie de la pratique du droit qu'il oppose à la théorie de l'idée du droit.

¹⁰¹ Cantelli et al., op.cit. note 141.

¹⁰² B. Dupret, « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique » in *Droit et société*, n° 75(2), p. 319

¹⁰³ O. Kutty, « L'intervention : système stratégique et communauté de projet sur l'espace public » in O. Kutty et D. Vrancken (éds.), *La sociologie et l'intervention. Enjeux et perspectives*, De Boeck, Bruxelles. 2001, p.133.

¹⁰⁴ « L'approche objectiviste de la définition ne parvient pas à expliquer notre compréhension des concepts : pour elle, une catégorie se définit en termes de théorie des ensembles ; elle se caractérise par un ensemble de propriétés inhérentes aux entités de la catégorie. Tous les objets de l'univers sont soit à l'intérieur, soit à l'extérieur de la catégorie. Les objets situés dans la catégorie sont ceux qui ont toutes les propriétés inhérentes requises. S'il manque à un objet une ou plusieurs propriétés inhérentes, il est situé en dehors de la catégorie. Cette analyse ensembliste ne correspond pas à la façon dont nous catégorisons les objets et les expériences. Pour les êtres humains, la catégorisation est principalement un moyen de comprendre le monde » (Lakoff et Johnson, 1985, p.132).

¹⁰⁵ Op.cit. note 7.

¹⁰⁶ B. Fradin et al., op.cit. note 6.

¹⁰⁷ L. Quéré, « Présentation » in B. Fradin, et al.. *L'enquête sur les catégories : De Durkheim à Sacks*. Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1994, pp. 7-40.

Quéré oppose¹⁰⁸ les approches épistémologiques et praxéologiques des catégories. La première, s'intéresse aux conditions formelles de la pensée conceptuelle ou de l'organisation des connaissances. La théorie de la catégorisation qui y est associée est « essentiellement une théorie de la formation et de l'organisation des concepts, dans le cadre d'une **théorie représentationnaliste** de l'esprit. (...) En effet, toute catégorisation est supposée mettre en jeu une représentation mentale des catégories auxquelles on décide d'affilier tel ou tel objet. Un concept est précisément la représentation mentale des propriétés de la classe d'objets qui forme son extension. Maîtriser un concept revient à savoir quelles propriétés doivent présenter des objets pour pouvoir appartenir à son extension, cette extension n'étant autre que ce qu'on appelle une catégorie (d'où une confusion permanente entre catégorie et concept, et une théorie extensionnelle du sens) »¹⁰⁹

La seconde, qu'il désigne comme « **l'approche praxéologique** », consiste à rendre compte des procédures réglées d'institution de la réalité objective des faits sociaux et d'accomplissement des activités pratiques¹¹⁰. « Ce qui prime, nous dit Quéré, ce n'est pas la comparaison des objets ou des représentations et leur rassemblement en catégories, genres et espèces, mais l'activité logique de la position et de la différenciation [...] qui seule arrête la rhapsodie incessante des impressions sensibles, lesquelles trouvent alors certains points fixes. La conceptualisation et la catégorisation obéissent alors à un principe de sélection (de propriétés, d'identités) plutôt que de répartition des choses en classes inclusives en fonction de leur degré de similitude [...] quand nous appréhendons un objet, nous ne le faisons pas 'selon l'espèce à laquelle il appartient, mais en fonction de telle ou telle propriété particulière dans l'ensemble d'un contenu intuitif' »¹¹¹. L'enquête praxéologique sur les catégories recherche le **mode pratique d'organisation et d'articulation des catégories**. La logique prédicative, par laquelle un objet est déterminé en l'affiliant à une classe d'appartenance, apparaît seconde, étant précédée d'une logique phénoménologique relevant de la typicalité.

¹⁰⁸ « Il existe deux grandes conceptions de la catégorisation. « L'une raisonne en termes extensionnels d'affiliation des objets à des classes ou à des catégories d'appartenance : l'acte de déterminer et d'individuer a alors pour moments essentiels l'abstraction et la comparaison de traits, la subsomption et l'inférence (application des propriétés générales de la catégorie au cas considéré). L'autre insiste plutôt sur le choix d'une propriété, sur la spécification d'un « moment caractéristique » ou sur la sélection d'une description, ainsi que sur le caractère opératoire du concept ou de la catégorie. [...] les concepts ne sont pas des entités isolées, closes sur elles-mêmes : ils sont organisés en réseaux, où ils renvoient les uns aux autres et s'entre-signifient. Quiconque maîtrise un langage dispose d'une capacité de connecter les choses les unes aux autres » (ibid., p.21).

¹⁰⁹ L. Quéré, op.cit. note 161, p.14

¹¹⁰ Ibid., p.10.

¹¹¹ Ibid., p.20.

« Le 'tournant linguistique' réside en particulier dans la prise de conscience que les catégories ontologiques sont dérivées de et constituées par les catégories du langage »¹¹² Dans ses derniers écrits, Wittgenstein « a multiplié les arguments contre l'idée que les pratiques de structuration logique (*logical regimentation*) peuvent découvrir l'essence' du langage et du monde, contre l'idée que tout langage naturel est un système de symboles dont les règles sont similaires à celles du calcul formel-logique, et contre l'idée que les locuteurs d'un langage naturel, dont le discours est intelligible, doivent forcément effectuer un tel calcul inconsciemment »¹¹³. Il a dénoncé l'omniprésence des critères scientifiques, considérés comme les critères de rationalité et d'intelligibilité du monde, qui laissent de côté le langage ordinaire et le raisonnement pratique de sens commun. La logique formelle lui semblait inadéquate pour saisir les pratiques langagières¹¹⁴. Il a dès lors proposé de substituer aux règles de calcul logique du langage idéal une grammaire pratique du langage naturel. Les règles de calcul logique sont « supposées exactes, complètes, et interprétables indépendamment de tout contexte »¹¹⁵. Wittgenstein s'inscrit en faux contre la recherche d'une essence des formes d'expression ou des concepts et considère le jeu des catégories sous l'angle de la « ressemblance de famille ».

Appréhender les catégories juridiques comme des entités sémantiques existant en dehors du monde vécu paraît impraticable. La cognition se révèle procédurale¹¹⁶, car les catégories juridiques sont des expressions indexicales, c'est-à-dire des locutions dont le sens dépend du contexte de leur énonciation : « Aucune expression dans un langage naturel ne peut être intelligible sans un contexte »¹¹⁷. La signification des catégories se déroule en contexte. Ce dernier renvoie à deux choses. En tant que background¹¹⁸ ou **d'attentes d'arrière-plan**¹¹⁹, le contexte dresse un espace de familiarité et d'évidences élémentaires avec le monde. Le contexte culturel est un savoir

¹¹² J. Widmer, *Catégorisations, tours de parole et sociologie* in M. Fornel et al (dir), *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale*, La Découverte, p.208.

¹¹³ J. Coulter, « Logique et praxéologie : esquisse d'une « socio-logique » de la pratique » in *Sociétés contemporaines*, n°18-19, 1994, p.45.

¹¹⁴ Dans ses *Investigations philosophiques*, Wittgenstein se demande comment définir les « jeux ». Plutôt que de chercher des caractéristiques stables et communes à tous les jeux, il soutient qu'on ne peut donner une définition aristotélicienne en termes de conditions nécessaires et suffisantes. Mais il souligne que, pour autant, l'usage du mot « jeu » n'est ni chaotique, ni arbitraire. Le concept est flou et largement indéterminé, ce qui n'empêche pourtant en rien son usage dans le langage courant. Il introduit alors la notion de « ressemblance de famille » qui permet de tracer un réseau conceptuel à partir des analogies et des affinités que les concepts entretiennent entre eux. Voir L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, Gallimard, 1967.

¹¹⁵ Coulter, op.cit. note 166, p.46

¹¹⁶ « L'approche de la catégorie ne serait plus sémantique mais procédurale ; elle ne reposerait pas sur l'incorporation de représentations individuelles mais sur une connaissance de sens commun, partagée, publique et observable, de la structure sociale » (D. Cardon, 1995, « L'enquête sur les catégories (sous la direction de Bernard Fradin, Louis Quéré et Jean Widmer) » in *Réseaux*, vol.13, n° 71,p.132).

¹¹⁷ Coulter, op.cit. note 166, p.51.

¹¹⁸ J. De Munck, op.cit. note 132.

¹¹⁹ H. Garfinkel, *Recherches en ethnométhodologie*, PUF, coll. Quadrige Manuels, Paris. 1967.

d'acculturation tenu pour évident. Les institutions, les interactions cadrent les significations possibles. Les connaissances partagées ne trouvent pas leur source dans un stock de connaissances communes mais sont rendues possibles grâce à des **procédures**¹²⁰ **garantissant l'établissement de l'intersubjectivité**¹²¹.

2.3. La catégorisation au cœur du projet ethnométhodologique

La typicalité déployée dans les jugements de catégorisation s'appuie sur un arrière-plan dans un horizon de familiarité¹²²: « nous appréhendons les choses selon leur type en fonction de notre familiarité avec elles, et en particulier en fonction de nos habitudes et de nos capacités d'action dans notre commerce avec elles, ainsi que des anticipations qui en naissent sur leurs comportements habituels ou leur style »¹²³.

2.3.1 Catégories d'appartenance et la catégorisation comme attribution de droit et de devoirs¹²⁴

L'analyse des catégories d'appartenance, refusant l'approche sémantique des catégories, s'est engagée dans l'étude des catégories *in vivo*, dans une perspective sensible au contexte. Pour le fondateur de ce type d'analyses, Harvey Sacks¹²⁵, le problème est de savoir, étant donnée la variété infiniment extensible des catégories potentiellement correctes pour une occasion donnée de catégorisation, comment les seuls critères de justesse ou de correction de la logique formelle peuvent éclairer la logique de catégorisations réelles. Il faut au minimum distinguer entre « potentiellement correct » et « circonstanciellement correct », ce qui implique la sensibilité de l'activité de catégorisation au savoir ponctuel et local présumé des interlocuteurs. Sacks définit les catégories d'appartenance (*membership categories*) comme des classifications ou des types sociaux

¹²⁰ Ainsi, l'indexicalité implique que la valeur de vérité des propositions « est toujours locale, circonstanciée et relative à l'action en train de se faire » (A. Ogien, *Les formes sociales de la pensée. La sociologie après Wittgenstein*, Armand Colin, Paris. 2007, p.129)

¹²¹ « Quand on avance que les membres d'un monde social se rapportent les uns aux autres selon la modalité de l'intersubjectivité, cela veut dire, d'une part, qu'ils présupposent un monde partagé en commun, d'autre part, que le milieu dans lequel ils agissent et interagissent est un milieu où chacun se sent obligé vis-à-vis des autres. [...] La présupposition d'un monde commun est la présupposition d'une communauté de personnes dont on suppose qu'elles perçoivent, ou peuvent percevoir, les mêmes choses que soi, adopter la même perspective ou partager les mêmes systèmes de pertinence » (A. Ogien et L. Quéré, *Le vocabulaire de la sociologie de l'action*, Ellipses Marketing, Paris. 2005, p.68. Voir également L. Mondada, et al. « Interaction sociale et cognition située : quels modèles pour la recherche sur l'acquisition des langues ? » in *Acquisition et Interaction en Langue Etrangère*, n°12, 2000.

¹²² A. Schütz, *Essai sur le monde ordinaire*, Le félin, Paris. 2010.

¹²³ L. Quéré, op.cit. note,161 p.27

¹²⁴ Nous reprenons, pour cette introduction à l'analyse des catégorisations d'appartenance, la présentation que nous en faisons dans notre ouvrage sur l'ethnométhodologie du jugement (B. Dupret, *Le jugement en action. Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte*, Droz, Genève-Paris 2006).

¹²⁵ H. Sacks, *Lectures on Conversation*, Blackwell, 1995.

qui peuvent être utilisés pour décrire des personnes, des collectivités ou des objets. Quand ces catégories sont appareillées, elles forment ce qu'il appelle des collections naturelles ou des systèmes catégoriels d'appartenance (*membership categorization devices*), qu'il définit comme « n'importe quelle collection de catégories d'appartenance, contenant au moins une catégorie, qui puisse être appliquée à une population d'au moins un membre, en sorte qu'elle permette, par l'utilisation de certaines règles d'application, l'appariement (*pairing*) d'au moins un membre de la population et un membre du système catégoriel. Un système est dès lors une collection plus des règles d'application »¹²⁶. Par exemple, les catégories « père », « mère », « frère », « sœur », « oncle », « cousin » appartiennent au système catégoriel d'appartenance « famille ». Une même catégorie peut, par ailleurs, appartenir à plusieurs systèmes (« catholique » peut appartenir au système « religion » ou au système « église ». Sacks identifie deux règles d'application. D'une part, la règle d'économie : une seule catégorie d'appartenance suffit à décrire le membre d'une population donnée. De l'autre, la règle de cohérence : la catégorie d'un système qui a été utilisée pour catégoriser un premier membre d'une population donnée peut être utilisée pour catégoriser d'autres membres de cette population¹²⁷. Une des propriétés majeures des systèmes catégoriels d'appartenance tient au fait que des classes de prédicats peuvent leur être imputées conventionnellement, ce qui inclut des activités, des droits, des attentes, des obligations, des savoirs, des attributs et des compétences liés à la catégorie (*category-bound*). Un sous-groupe de systèmes catégoriels d'appartenance est formé par ce que Sacks appelle « paires relationnelles standardisées », systèmes dans lesquels la collection de catégories est limitée à deux. Le simple fait de saisir l'existence d'une relation de paire peut être, dans différentes situations pratiques, « inférentiellement adéquat » en termes d'imputation de droits et devoirs moraux ou de toute autre qualité imputable. De plus, ces paires sont dotées d'une « pertinence programmatique », par quoi Sacks vise le fait que chaque part de la paire suppose l'autre, l'absence de celle-ci devant dès lors être justifiable. Parmi ces paires, on peut relever une variante que Lena Jayyusi¹²⁸ appelle « paires relationnelles asymétriques », qui exhibent une distribution asymétrique de savoirs, droits et devoirs entre ses deux parts. Enfin, Sacks fait remarquer que les activités sont très souvent liées de façon normative à des systèmes catégoriels. Ceci fonctionne souvent de manière transitive, au sens où le membre d'un groupe catégoriel, alors même qu'il ne s'agit pas d'un groupe au sens d'une communauté organisée, est considéré comme le représentant de cette catégorie, est paré de ses qualités et se trouve inexorablement lié, à ce titre, à ce dont elle peut faire l'objet. De manière symétrique, on peut aussi observer cette procédure consistant à attribuer un savoir particulier à une

¹²⁶ H. Sacks, "On the analyzability of stories by children" in R. Turner (dir) *Ethnomethodology*, Irvington, 1974, p.218.

¹²⁷ *Ibid.* p. 219.

¹²⁸ L. Jayyusi, *Categorization and the Moral Order*, Routledge and Kegan Paul, 1984, pp.124-127.

catégorie donnée ou à une série limitée de catégories, qui permet de considérer qu'un savoir est, d'un point de vue de sens commun, « détenu » par les membres de ces catégories, avec les droits et devoirs qui en découlent¹²⁹. En résumé, on reprendra Coulter pour qui, « ressources immensément puissantes, les catégories d'appartenance et leur logique d'usage peuvent organiser nos perceptions, savoir, croyance, discours et autres formes de conduite pratique de manière totalement routinière, prévisible, conventionnelle, en un mot, ordonnée »¹³⁰.

Il revient à Lena Jayyusi d'avoir mené en profondeur l'étude de la nature intrinsèquement normative et morale des opérations de catégorisation. Dans ses travaux sur les catégorisations et l'ordre moral¹³¹, elle s'attache à montrer comment l'intersubjectivité repose sur des fondations irrémédiablement normatives. Poursuivant la démonstration entamée par Garfinkel à partir des « expériences disruptives », Jayyusi cherche à décrire le fonctionnement de ces bases morales sur lesquelles l'ordre social est généré praxéologiquement et qui sont à leur tour réétablies comme fondements d'actions justifiables, rationnelles et intelligibles, ainsi que, dans le discours, d'inférences et de jugements¹³². La pratique communicationnelle présuppose et se fonde sur une éthique ordinaire, une éthique « naturelle » au sens où elle constitutive de l'attitude naturelle de la vie quotidienne tout en étant réflexivement constituée par elle. Dans le cours de tout travail descriptif et catégoriel, l'usage et l'intelligibilité des catégories sont étroitement enchâssés dans des opérations d'évaluation de questions de pertinence, d'ordre du jour, de tâche à accomplir, de destinataire, etc. Par ailleurs, dans les catégorisations et dans les imputations normatives auxquelles nous procédons à l'occasion de celles-ci, nous nous appuyons sur une logique morale inférentielle, en même temps que nous la produisons. La raison ordinaire et pratique est, en ce sens, moralement organisée.

Très clairement, l'usage de catégories descriptives, même ordinaires, comme « mère », « docteur », « policier », par exemple, rend disponible toute une variété de trajectoires pouvant être, *in situ*, inférentielles, trajectoires qui sont fondées sur les différentes « caractéristiques » liées à ces catégories (en tant qu'organisations du savoir social pratique ordinaire) ou constitutives de celles-ci. Ces caractéristiques peuvent être avant tout « morales » (comme les types de « droits » et « obligations » qui sont attachées au fait d'être une « mère », un « docteur » ou un « policier ») ou peuvent être autres – tel que le « savoir » qui, par exemple, peut être considéré comme lié à la catégorie de « docteur » ou le type de « travail » qui peut être considéré comme lié à la catégorie de

¹²⁹ R. Watson, "Angoisse dans la 42ème rue" in P. Paperman et R. Ogien (dir), *La couleur des pensées, Raisons pratiques*, n°6, 1995, p. 202.

¹³⁰ J. Coulter, "Logic : Ethnomethodology and the Logic of Language" in G. Button, *Ethnomethodology and the Human Sciences*, Cambridge, 1991, p. 47.

¹³¹ L. Jayyusi, op.cit. note 181 et Jayyusi, « Values and moral Judgement : communicative praxis as a moral order » in G. Button, *Ethnomethodology and the Human Sciences*, 1991.

¹³² L. Jayyusi, *ibid*, p. 236.

policier. Mais, même dans ce dernier cas, il apparaît de nos pratiques réelles que, par exemple, le « savoir » est doté de ses responsabilités – même ces caractéristiques-là fournissent les bases permettant d’attribuer toutes sortes de propriétés morales, de trouver que certains types d’événements ou d’actions devaient ou ne devaient pas avoir lieu, pour déterminer la culpabilité, même pour invalider la possibilité d’appliquer la catégorie ou la description. [...] L’intelligibilité est constituée en termes pratiques moraux¹³³.

2.3.2 Catégorisation comme processus normalisation

Dans les années 60, David Sudnow¹³⁴ a étudié le travail de qualification juridique à l’œuvre dans les plaidoiries négociées. Prenant acte de l’incapacité de la règle ou de la jurisprudence à fournir des critères pratiques de qualification, il se penche sur les opérations de catégorisation qui la soutendent. La qualification des faits pertinents, c’est-à-dire le passage des faits au droit, s’opère par l’intermédiaire de ce que les professionnels considèrent comme un « crime normal », de leurs façons de qualifier de manière typique les crimes, délits et infractions qu’ils rencontrent dans l’accomplissement de leurs activités routinières. La qualification est avant tout une qualification de sens commun et renvoie au crime tel qu’il est habituellement commis par certaines catégories de personnes typiques, dans un contexte habituel, concernant des victimes généralement visées... « Les catégories juridiques formelles sont « l’équipement conceptuel de base avec lequel les juges, les avocats, les policiers ou encore les agents de probation organisent leurs activités quotidiennes »¹³⁵. Le jugement judiciaire apparaît comme un jugement en normalité structuré conjointement par la référence au droit et à la moralité.

Nous avons poursuivi ce programme de recherche sur le terrain égyptien¹³⁶. Nous avons documenté les manifestations de la dimension morale de l’activité judiciaire à travers des affaires de mœurs et montré comment les notions de contrainte procédurale et de pertinence juridique se développent dans le cours d’action judiciaire. Ce que nous appelons la pertinence juridique renvoie au processus de qualification juridique qui est « totalement soutenu par le processus social de normalisation, c’est-à-dire par cet ensemble d’opérations par lesquelles le juge sélectionne de manière routinière certaines des caractéristiques d’un cas qui ressemble à un type de cas commun, normal, usuel »¹³⁷.

¹³³ Ibid. p.241.

¹³⁴ Sudnow, D. (1965) ‘Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office’, *Social Problems*, 12(3), pp. 255–276. Pour une traduction française, voir D. Sudnow (trad. B. Dupret), « Crimes Normaux » in J. Colemans et B. Dupret, *Ethnographies du raisonnement juridique*, LGDJ, 2018.

¹³⁵ Sudnow ibid. pp.25-26.

¹³⁶ B. Dupret, op.cit. note 177.

¹³⁷ B. Dupret, ibid. p.187.

La qualification juridique est donc tributaire d'une catégorisation de sens commun, ce que nous observons dans les témoignages, les interrogatoires et les rapports.

L'étude ethnographique du Conseil d'Etat belge¹³⁸ nous a également permis de mettre en évidence la centralité du jugement de normalité dans les pratiques juridictionnelles, jugement qui prend les traits au Conseil d'Etat de la notion de raisonnable. Est jugé raisonnable par les magistrats l'acte qui formalise l'action administrative que toute autre autorité aurait pu adopter, dans les mêmes circonstances. Véritable boussole du raisonnement juridique, cette catégorie oriente les pratiques des magistrats, lorsqu'ils sont confrontés à des cas difficiles à résoudre. Le raisonnable renvoie à des schèmes interprétatifs et évaluatifs de la décision administrative jugée par le Conseil d'Etat. Dans le premier cas, les magistrats se demandent si la décision administrative est raisonnablement compréhensible. Dans le second cas, le jugement porte sur la question de savoir si la décision est raisonnablement admissible

Dès lors que l'on considère l'application du droit aux faits comme un accomplissement pratique et situé, qui ne consiste pas uniquement dans les compte-rendu formels qu'en font les acteurs chargés de l'appliquer, il paraît nécessaire d'aller en amont du document désengagé. Cela signifie d'observer le surplus d'éléments pertinents et de significations ainsi que les paramètres temporels du compte rendu naturel qui sont irrémédiablement perdus aussitôt que le document désengagé devient le procès-verbal officiel, la décision prononcée ou encore l'avis rendu. Les textes sont rédigés à cette fin pratique précisément. Les faits y font l'objet de descriptions et d'interprétations en vue d'apparaître comme des éléments objectivés. Pour comprendre le raisonnement juridique, il est important d'interroger la construction des faits juridiques. Or, comme le souligne Lena Jayyusi, « les pratiques de catégorisation sont décisives dans l'élaboration, la ratification et la négociation de la descriptibilité des actions et de leur résultat ». Le raisonnement juridique s'appuie sur un faisceau de faits qui sont la plupart du temps des actions humaines qu'il s'agit de comprendre pour pouvoir leur accoler une catégorie légale pertinente. Un certain nombre d'inférences, de typifications et de catégorisations ordinaires participent de ce processus de compréhension du contexte factuel de l'affaire. Ce dossier participe de la « pré-histoire », selon l'expression de Jayyusi, de l'application du droit, c'est-à-dire de la genèse non écrite du droit tel qu'il est appliqué et formalisé. Cette pré-histoire constitue l'environnement discursif et catégoriel au sein duquel la fabrique du droit peut prendre place.

¹³⁸ J. Colemans, *L'ordinaire du contentieux administratif. Analyse du processus décisionnel au Conseil d'Etat belge francophone*. Thèse de doctorat soutenue le 4 avril 2014, non publiée. Voir aussi, J. Colemans, « La grammaire du raisonnable. Ethnographie des pratiques interprétatives au Conseil d'Etat belge » in Colemans J. et Dupret B. (dir.), *Ethnographies du raisonnement juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2018.

