

LE DÉSACCORD RAISONNABLE EN DROIT : LE POINT DE VUE DE L'ARGUMENTATION

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de Théorie du Droit)

Abstract : *Since Aristotle, reasonable disagreement exists if each opponent accepts the principle of non-contradiction. Legal reasoning needs an additional requirement : the reasonable disagreement is based on the formal rule of justice that is to say that like cases should be treated alike. Because of the formal rule of justice, the existence of a precedent is therefore a strong argument in favor of a thesis. Persistent disagreement remains on the fact that the opposing views are based on arguments of similar strength. The strength of the arguments is then determined ultimately by the criterion of consistency.*

1. Peut-il exister un désaccord raisonnable en droit ?

Bien que le droit se meuve dans le litige et la controverse, la possibilité d'un désaccord raisonnable n'est pas une hypothèse acquise¹. En effet, on soupçonne souvent l'une des parties au procès d'être de mauvaise foi. Cette idée est un héritage direct de la conception cartésienne de la vérité selon laquelle le désaccord serait le signe de l'erreur tandis que l'évidence et l'accord seraient le signe de la vérité. Tout désaccord serait alors le symptôme d'une erreur d'au moins un des deux contradicteurs, voire des deux selon Descartes². À l'opposé de la conception cartésienne, on peut inversement considérer que, puisque tout être humain est raisonnable, tout désaccord entre eux est forcément raisonnable c'est-à-dire fondé sur la raison³.

En vérité, dissocier le désaccord et la raison ou les fondre ensemble sont deux conceptions extrêmes qui ne sont guère éclairantes pour comprendre le désaccord en droit.

Soutenir que le désaccord montre que l'un des contradicteurs a tort, voire les deux, c'est s'interdire de comprendre le sens d'une argumentation juridique. Précisément, deux thèses opposées peuvent en droit trouver de bons

¹ Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, 2^e éd., §87, p. 162 : « Puisque tout litige implique un désaccord, une controverse, le rôle du juge est de trouver une solution qui soit raisonnable, acceptable, c'est-à-dire ni subjective, ni arbitraire ».

² R. Descartes, *Règles pour la direction de l'esprit*, Paris, trad. V. Cousin, 1824, règle II, : « toutes les fois que deux hommes portent sur la même chose un jugement contraire, il est certain que l'un des deux se trompe. Il y a plus, aucun d'eux ne possède la vérité ; car s'il en avait une vue claire et nette, il pourrait l'exposer à son adversaire, de telle sorte qu'elle finirait par forcer sa conviction ».

³ Ch. Perelman, *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, § 23, p. 420.

arguments pour les soutenir. En droit des régimes matrimoniaux, on a débattu pendant plus de quarante ans pour savoir si les fruits et revenus des biens propres étaient propres ou communs⁴. En droit des biens, la controverse est toujours ouverte sur le fait de savoir si un droit de jouissance peut être perpétuel⁵. En droit des obligations, le désaccord est persistant sur le fait de savoir si la méconnaissance d'une promesse unilatérale de vente ouvre le droit à l'exécution forcée ou encore si l'inconstructibilité d'un terrain acheté est une erreur ou un vice caché⁶. En réalité, les exemples de désaccord abondent car ils sont le pain quotidien du juriste. À cet égard, on imagine mal appliquer le critère de Descartes et considérer que les fruits et revenus ne sont ni propres ni communs, que le droit de jouissance est ni temporaire ni perpétuel et ainsi de suite. Cette conception de la vérité est peut-être appropriée dans le domaine du raisonnement mathématique et démonstratif mais totalement inappropriée pour comprendre l'argumentation juridique. Comme l'enseignait déjà Aristote⁷, l'argumentation relève de l'ordre du probable et non du nécessaire.

Mais soutenir la thèse inverse selon laquelle tout désaccord est raisonnable en soi occulte pareillement des cas où les juristes refuseraient de débattre. On voit mal par exemple comment contester que la responsabilité pour faute n'existe pas alors qu'un article du Code civil la prévoit expressément⁸ ou même que le mariage homosexuel n'est pas prévu par la loi alors qu'il a été volontairement intégré au Code civil⁹. Pour prendre des exemples moins extrêmes, plus personne ne doute aujourd'hui de l'existence d'une responsabilité générale du fait des choses¹⁰ alors que le Code civil ne l'a pas instituée. Dans un autre registre, tous les auteurs sont certains que l'erreur sur la valeur n'est pas une cause d'annulation du contrat alors même que les raisons qui justifient cette

⁴ Controverse initiée par la réforme en 1965 des régimes matrimoniaux : H. Mazeaud, « La communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux », *D.* 1965, chr. 91 ; A. Colomer, « La suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux : ou les dangers d'innover », *D.* 1966, chr. 23.

⁵ W. Dross, « Que reste-t-il de l'arrêt *Maison de Poésie* ? » obs. à la *RTD civ.* 2015, p. 413 ; Th. Revet, « Le droit réel dit “de jouissance spéciale” et le temps », *JCP G* 2015, 252 ; J.-L. Bergel, « Le “droit réel de jouissance spéciale” ne peut pas être perpétuel », *RDI* 2015, p. 175 ; L. Andreu, N. Thomassin, « Précision jurisprudentielle sur la durée du droit de jouissance spéciale », *Deffrénois* 2015, p. 419 ; B. Mallet-Bricout, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », *D.* 2015, p. 599.

⁶ Y.-M. Serinet, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème... », *Études offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 797, n° 17 ; O. Tournafond, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », *D.* 1989, chr. 36, p. 240-241, n° 27-2 ; F. Rouvière « L'inconstructibilité entre non-conformité, erreur et vice caché », *RDI* 2010, n° 1, p. 253

⁷ Aristote, *Rhétorique*, Flammarion, trad. P. Chiron, coll. Garnier Flammarion, 2007, I, 1, 1355 b.

⁸ Cciv. Art. 1382.

⁹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

¹⁰ Depuis l'arrêt *Jand'beur* du 13 févr. 1930

solution sont très loin d'être clairement établies¹¹. Tous les désaccords en droit ne sont pas raisonnables, c'est bien le problème.

Pour comprendre la possibilité et le sens du désaccord raisonnable en droit, il faut développer une analyse spécifique qui combine le point de vue de l'argumentation et celui du raisonnable. À quelles conditions le désaccord peut-il être qualifié de raisonnable ? (I) Et dans ce cas, comment se traite-t-il ? (II)

I. Possibilité du désaccord raisonnable

2 Définition du désaccord raisonnable

Pour savoir à quelles conditions un désaccord est raisonnable, le concept de raison n'a paradoxalement que très peu, voire pas du tout, d'utilité. En effet, chaque contradicteur peut parfaitement soutenir que ses propres vues et ses positions sont parfaitement rationnelles au regard de sa propre conception de la raison et de la rationalité. Chaque contradicteur pourra ainsi fonder ses affirmations sur des prémisses considérées comme vraies ou justifiées de son propre point de vue sans que l'autre interlocuteur ne les reconnaisse pourtant comme valables.

En vérité, dans une telle hypothèse, il s'agit ici non plus d'un désaccord mais d'un différend. Jean-François Lyotard l'explique parfaitement en introduction de son ouvrage dont le titre se réfère expressément à ce concept :

« à la différence d'un litige, le différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations »¹².

Autrement dit, dans l'hypothèse d'un différend, chaque interlocuteur navigue dans sa sphère propre de rationalité. Ces sphères peuvent bien s'entrechoquer mais aucun interlocuteur ne peut pénétrer dans celle de l'autre. Un exemple historiquement fameux de cette situation est celui des échanges entre Platon et les sophistes. C'est sans doute en pensant aux sophistes qu'Aristote considère qu'un interlocuteur qui ne suivrait pas certaines règles de rationalité, comme par exemple le principe de non-contradiction, pourrait être assimilé à bon droit à une plante¹³. Un tel contradicteur s'évince lui-même de la sphère de la rationalité (le *logos* grec) et donc de l'humanité. Bref, un différend existe si la différence est si grande que les deux parties sont irréconciliables faute d'une

¹¹ C. Atias, *Épistémologie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 1994, p. 5-10.

¹² J.-F. Lyotard, *Le différend*, Paris, Les éditions de Minuit, coll. « Critique », 1983, p. 9.

¹³ Aristote, *Métaphysique*, Livre Gamma, 1006 a 10-29, trad. M. -P. Duminil et A. Jaulin, éd. Flammarion, 2008.

communication rendue possible par le partage d'une règle minimale comme celle du principe de non-contradiction¹⁴.

Sur la base de cette distinction, on revient à la deuxième possibilité déjà évoquée : tout désaccord serait forcément raisonnable car fondé sur le principe de non-contradiction. Tout désaccord donnerait forcément lieu à une argumentation relevant d'une même règle de jugement, à savoir le principe de non-contradiction. Mais un tel point de vue peut faire l'objet d'une précision progressive en recherchant s'il n'existe pas d'autres règles de jugement applicables à des argumentations contradictoires.

Si l'application d'une règle formelle comme le principe de non-contradiction est un acquis, le problème est alors de savoir s'il existe, au sein d'un même cadre de rationalité partagé par les interlocuteurs, des désaccords qui sont plus raisonnables que d'autres. Pour le dire autrement, existe-t-il des arguments formellement raisonnables ou rationnels mais parfaitement déraisonnables au regard d'autres exigences de validité ? C'est bien ce que nous devons examiner. L'intérêt d'une telle enquête est d'interroger la force respective des arguments juridiques. Existe-t-il des arguments faibles et forts ou bien tous les arguments se valent-ils du moment qu'ils sont formulés dans un cadre rationnel partagé ?

L'enjeu d'un tel problème est de savoir s'il faut prendre le désaccord juridique au sérieux ou si, en dernière instance, c'est celui qui tient le marteau qui gagne. Autrement dit, les désaccords des juristes sont-ils une simple façade rhétorique, relèvent-ils de la dispute éristique ou bien indiquent-ils l'existence d'un débat visant à résoudre de la meilleure façon possible un litige donné ?

3. Des arguments plus ou moins raisonnables

Certains types d'arguments paraissent franchement déraisonnables dans le débat juridique. Il en va ainsi de tous les arguments qui contrediraient de front le sens des dispositions légales ou dénatureraient les documents soumis au débat. L'interprétation *contra legem* voire *contra jurisprudentiam* paraissent à cet égard difficilement recevables. Pour contester le sens évident ou obvie des textes, il faudrait se placer dans une perspective critique de type jusnaturaliste et considérer que certaines lois ne sont pas du droit.

¹⁴ Principe qui exige qu'une même chose ne puisse pas être elle-même et son contraire dans un même lieu et au même moment, Aristote, *Métaphysique*, 1005 a-b, précité.

Pourtant, il n'est pas aisé de justifier de telles intuitions. En effet, si le jusnaturalisme s'oppose au juspositivisme, l'évidence constatée dépend en définitive de la théorie philosophique choisie. On voit ici qu'un argument ne peut être évalué que s'il appartient à un même champ de référence¹⁵. À cet égard, seules les données du droit positif peuvent permettre de discuter d'autres données du droit positif¹⁶ : le droit naturel consiste alors à élargir le champ de référence. Pour le dire dans des termes philosophiques, les solutions d'un problème dépendent du cadre ontologique choisi¹⁷. Cette position est une autre façon de rappeler la distinction entre le désaccord et le différend. Le désaccord suppose donc bien une référence à un même champ. On ne saurait mélanger les genres.

Aussi, dans le cadre de la théorie des sources du droit, il paraît très peu raisonnable de contester l'application d'une solution lorsque le cas d'espèce est explicitement prévu par un texte. À partir de cette idée, une ligne de partage peut être tracée entre les arguments forts ou faibles. Selon l'excellente remarque de Chaïm Perelman, un argument fort est celui qui peut se prévaloir d'un précédent¹⁸. Celui-ci peut être indifféremment légal ou jurisprudentiel. Ce qui importe est l'existence du précédent dans le champ de référence accepté. Si le cas à juger est semblable au précédent, le désaccord devient difficile à alimenter car l'une des deux positions sera jugée plus faible que l'autre. Cette idée correspond exactement à l'intuition que nous avons de la pratique du droit et de l'importance de la jurisprudence dans le contentieux. Le juge suit ses propres précédents et l'avocat étaye pareillement sa thèse de cette façon. Aussi, on pourrait conclure que le désaccord n'est pas raisonnable lorsqu'il existe des précédents qui invitent à adopter une thèse au détriment d'une autre. Deux arguments peuvent être rationnels car fondés sur les lois de la logique sans pour autant être également raisonnables.

Le fondement de l'argument fort réside dans la règle formelle de justice selon laquelle il faut traiter les cas semblables de façon identique¹⁹. Cette règle est formelle à double titre. D'une part, elle n'est pas un critère substantiel de justice²⁰ et d'autre part elle repose sur le principe de non-contradiction²¹. Ainsi,

¹⁵ S. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, PUF, trad. P. de Brabanter, 1993, p. 18.

¹⁶ J. Ghestin, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p. 11 et s. *passim*.

¹⁷ O. Pfersmann, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », *Raisonnement juridique et interprétation*, dir. O. Pfersmann et G. Timsit, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 11.

¹⁸ C. Perelman, *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 135-136.

¹⁹ C. Perelman, *Éthique et droit*, précité, p. 30, 50, 57, 60. Sur la règle de justice en tant que telle : F. Rouvière « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p. 89-100 et « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruylant, 2015, p. 117-137.

²⁰ N. Maccormik, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1995, p. 86.

²¹ H. Kelsen, « Justice et droit naturel », *Le droit naturel*, PUF, Annales de philosophie politique, 1959, p. 52. Egal. H. Kelsen *Qu'est-ce que la justice ?* Markus Haller, 2012, p. 68.

pour s'émanciper de la contrainte des précédents en demeurant rationnel (c'est-à-dire en continuant à respecter la règle de justice) il faudra opérer une distinction. C'est ainsi que celui qui veut échapper à l'autorité d'un précédent doit montrer en quoi la situation à juger est différente de celle qui a déjà été jugée. C'est l'art du *distinguishing in common law*²² ou l'art de la casuistique en droit continental et dont les commentaires d'arrêts sont des illustrations. Il s'agit de montrer que des situations différentes appellent un traitement différent. L'objectif est de requalifier le cas pour le soumettre à une solution juridique différente de celle du précédent invoqué.

Cette opération trouve une sérieuse limite si les différences invoquées sont trop peu significatives. Il est des cas où la marge de manœuvre paraît dérisoire. Si le remplacement des clés fait partie des réparations locatives on ne voit guère comment un locataire qui perd ses clés pourrait échapper à la qualification de réparation locative même si le texte ne mentionne pas *expressis verbis* la perte des clés. En revanche, d'autres situations comportent plus des zones de pénombre. Par exemple, dans une hypothèse où des locaux sont utilisés en partie à titre professionnel, la qualification de contrat à usage d'habitation paraît plus incertaine. À cet égard, l'acheteur bénéficie-t-il encore du droit de rétractation, que la lettre de la loi prévoit seulement pour les immeubles à usage d'habitation²³ ? Bien que la Cour de cassation ait décidé que la loi ne peut s'appliquer aux immeubles à usage mixte (habitation et professionnel), les commentateurs de la décision ont pleinement manifesté leur désaccord²⁴. Certains ont même soutenu une troisième position dès la parution de la loi : le débat sur l'interprétation extensive du texte est sans objet car, en excluant les non-professionnels du bénéfice de la rétractation, la loi excluait forcément les acquisitions mixtes à visée professionnelle²⁵.

On le voit, pour que le désaccord soit raisonnable il faut donc que les arguments aient une force semblable, sans quoi la partie est déséquilibrée d'entrée de jeu et l'un des contradicteurs sera accusé de mauvaise foi ou d'entêtement. Le désaccord ne peut intervenir qu'entre des arguments qui sont rationnels (c'est le réquisit minimal) mais encore également raisonnables. Bref, le désaccord s'installe en cas de conflits entre les mots d'un même texte voire entre deux précédents.

²² F. Schauer, *Thinking like a lawyer*, Harvard University Press, 2009, p. 37.

²³ C. constr. hab. art. L. 271-1.

²⁴ Pour la solution : D. Boulanger, *JCP N* 2008, n° 12, 1149 ; contre la solution : H. Périnet-Marquet *JCP G* 2008, II, 10086.

²⁵ O. Rault, « La protection de l'acquéreur d'un bien immobilier », *JCP G* 2001, I, 294 ; Ph. Pelletier, « La protection nouvelle de l'acquéreur immobilier », *Deffrénois* 2001, art. 37307.

En suivant cette hypothèse, le désaccord est à plus forte raison parfaitement raisonnable si deux textes concurrents prétendent régir le même cas. C'est l'hypothèse du concours de qualification²⁶. L'inconstructibilité d'un terrain a pu être tout à la fois qualifiée d'erreur²⁷ (soumise à une prescription de cinq ans) et de vice caché²⁸ (soumis à une prescription de deux ans). La lettre des deux textes autorise cette double qualification. De même, en droit pénal, la contravention pour découpe illégale d'arbre se distingue mal du délit de vol²⁹ car chaque texte permet la subsomption du même cas sous des qualifications différentes.

S'il est ainsi parfaitement raisonnable de se conformer aux cas explicitement prévus par les textes, le désaccord sera raisonnable lorsqu'il existe au moins deux possibilités de rattachement à des qualifications distinctes d'un même cas d'espèce ou deux références contradictoires au sein d'un même texte. L'existence d'arguments de force égale crée une incertitude. Cette façon de considérer le problème paraît alors reprendre la distinction des cas faciles et difficiles.

4 Cas faciles et difficiles

La distinction des cas faciles et difficiles est considérée comme intuitive par les auteurs qui ne s'attardent guère sur le sens ou le fondement de la distinction³⁰. Appliquée à notre problème, cela signifierait que les désaccords sur les cas faciles sont déraisonnables tandis que les désaccords sur les cas difficiles seraient au contraire parfaitement raisonnables. En effet, dans cette dernière hypothèse, nous serions en présence de deux arguments forts c'est-à-dire disposant chacun d'au moins un précédent.

Le désaccord ne serait donc raisonnable qu'en présence d'une incertitude sur la solution applicable. Tout le problème est alors de savoir, une fois le caractère raisonnable du désaccord établi, si la pluralité de solutions possibles autorise à adopter une forme de relativisme. Puisque chaque position peut être également argumentée, un choix indifférent entre chacune de ces propositions pourrait être raisonnable. Autrement dit, le problème est de savoir s'il existe des solutions plus raisonnables que d'autres aux désaccords raisonnables ? Par exemple, pour l'inconstructibilité d'un terrain, doit-on prôner préférentiellement une solution ?

²⁶ Par ex. J.-Ph. Tricoire, *Les concours d'actions en matière immobilière*, LGDJ, bibl. de droit privé, t.512, 2009.

²⁷ Cass. civ. 3^e 28 janv. 2009, n° 07-20729 et 07-20736

²⁸ Cass. civ. 3^e 15 mars 2000, *Bull.* III, n° 61.

²⁹ Cass. crim. 10 février 1965, *Bull. crim.* n° 44, p. 97

³⁰ S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992, p. 256.

La réponse à cette question est à l'origine d'un débat entre Herbert Hart et Ronald Dworkin³¹. Pour le premier, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire (il choisit sans justification explicite une solution) tandis que pour le second il existe toujours une réponse correcte (*one right answer*).

Selon Ronald Dworkin, il sera toujours possible de faire pencher la balance d'un côté ou d'un autre en intégrant dans le débat des données externes au problème initial³². Telle est précisément la signification du droit-intégrité qui amène à juger de la pertinence d'une solution au regard de l'ensemble des solutions passées et du système juridique tout entier, appréhendé comme un tout cohérent³³.

Comme l'a fait remarquer Paul Ricoeur³⁴, Ronald Dworkin a cependant hypertrophié le concept d'interprétation au détriment de celui d'argumentation. Même si Dworkin distingue les arguments fondés sur des principes et ceux de nature politique³⁵, la « bonne réponse » demeure une perspective idéalisée représentée par le personnage mythique du juge Hercule. Ce dernier est capable de réaliser à lui seul la synthèse inhumaine de l'entier système juridique. Pire : Hercule est un solitaire, il ne dialogue pas, et n'entre dans aucune argumentation. Hercule surplombe le débat et il a en définitive toujours raison. À cet égard, on pourrait soutenir que le concept d'argumentation est clairement marginalisé chez Ronald Dworkin. Hercule paraît même valider la thèse cartésienne selon laquelle en présence d'un désaccord les deux thèses sont fausses : la vérité serait dans une démonstration au-delà du débat dans un monde où le désaccord ne pourrait exister puisqu'il n'y aurait qu'une solution concevable. Ce monde de l'évidence de la bonne solution ne pourrait être accessible qu'à des demi-dieux contemplant les Idées pures du droit. Cette façon de voir porte clairement la marque d'une pensée platonicienne. En s'élevant par la dialectique vers les formes intelligibles, le philosophe parvient à saisir la vérité du Bien, du Beau, du Juste.

Aussi, le problème qui va désormais nous préoccuper est celui de savoir si l'on peut transposer la thèse de Ronald Dworkin (il existe toujours une réponse correcte) dans une théorie de l'argumentation ? En effet, la plupart des théories de l'argumentation, et notamment celle de Chaïm Perelman, prennent en compte l'existence de désaccords en raison de la structure dialectique du raisonnement sans jamais pourtant proposer un critère qui permette d'infléchir

³¹ B. S. Jackson, « Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire », *APD* 1989, p. 243 ; M. Bayles, « Hart vs. Dworkin », *Law and Philosophy* 10, 1991 p. 349-381.

³² R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, trad. par A. Guillaïn, Recherches philosophiques, 1996, p. 181-182.

³³ R. Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n° 1, p. 51.

³⁴ P. Ricoeur, *Le juste*, Éditions esprit, 1995, p. 169.

³⁵ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Leviathan, 1995, p. 155.

le débat dans un sens ou dans un autre. Autrement dit, au-delà d'un relativisme argumentatif (les solutions contraires sont également fondées), la « bonne solution » serait celle qui disposerait des meilleures raisons, c'est-à-dire des meilleurs arguments. Le problème central de l'argumentation dans le désaccord est alors de connaître les valeurs que peuvent partager les contradicteurs. Cette réflexion à la croisée de Dworkin et Perelman inclinerait à poser l'hypothèse que ce soit l'argumentation qui puisse réellement infléchir les positions et non l'exercice d'un pouvoir.

5. Les meilleures raisons : une analyse axiologique ?

Parler des meilleures raisons, arguments ou justifications introduit indéniablement dans le débat un élément qualitatif. L'idée que des arguments seraient meilleurs que d'autres conduit inévitablement à verser dans une approche axiologique qui introduit dans le débat des éléments de nature morale, éthique ou politique. Cette perspective est clairement celle de Ronald Dworkin qui s'intéresse moins aux arguments qu'à la substance morale, politique et éthique des propositions émises par les interprètes, au premier plan les juges³⁶.

Cette approche a pour vertu d'éclairer au mieux la richesse des raisonnements développés. Elle présente néanmoins comme faiblesse principale de dissoudre le débat juridique dans un désaccord axiologique et de procéder à une forme de réduction du discours juridique au discours moral sans que cette assimilation aille de soi.

Est-il alors concevable d'avoir une approche qualitative qui ne soit pas morale, éthique ou politique ? Il faut bien préciser une telle ambition. Jamais une description du droit en vigueur ne pourra être qualifiée de parfaitement neutre. Pour le juriste, « décrire c'est choisir »³⁷ et l'indignation légitime qu'a pu susciter la description des lois antisémites sous Vichy³⁸ montre que la volonté d'une neutralité conçue en termes absolus est irréalisable. Celui qui décrit un quelconque système de normes sans le critiquer sera toujours présumé y adhérer implicitement, à charge pour lui d'apporter la preuve contraire. À ce titre, l'analyse de Ronald Dworkin paraît avoir l'immense mérite d'assumer cet aspect du débat juridique et de le traiter comme tel plutôt que de l'occulter sous l'idée d'une prétendue neutralité.

³⁶ P. Ricoeur, précité, p. 170.

³⁷ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2^e éd. 1962, nouv. éd. 2002, p. 291-292

³⁸ M. Troper, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », *Cahiers du CURAPP, Les usages sociaux du droit*, 1989, p. 286 et s.

À cet égard, un discours juridique fondé sur une certaine théorie des sources du droit suppose que les contre-arguments ne puissent être tirés que de ces sources. Le débat raisonnable requiert bien de partager un même univers de référence et, par voie de conséquence, un accord au moins implicite sur les valeurs qui fondent ces mêmes références. C'est à partir d'un tel raisonnement que Ronald Dworkin peut traiter l'aspect axiologique du débat juridique en le limitant aux règles en vigueur d'où sont extraits les principes qui en expriment tout à la fois la synthèse et la quintessence. Sans cet accord minimal, le désaccord menace de se transformer en différend³⁹.

Le défi à relever est alors non de tendre vers une absence totale d'axiologie mais de la réduire au raisonnable. Le désaccord sera trois fois raisonnable si d'abord il est rationnel (axiomes logiques fondamentaux : identité, non-contradiction et tiers exclu), ensuite s'il relève du même univers de référence et, enfin, s'il peut être tranché selon d'autres normes raisonnables (les « règles de jugement » de Jean-François Lyotard).

Une axiologie raisonnable au sens propre du terme est alors une axiologie qui n'admet que des normes ou règles de jugement de nature strictement épistémique. Il ne s'agit pas d'un cognitivisme éthique qui soutient que les valeurs peuvent être connues (comme le soutiendrait Platon). Il ne s'agit pas non plus de se demander si les débats axiologiques peuvent être tranchés avec des critères qui ne le sont pas. La position ici défendue est analogue à celle d'Hilary Putnam qui soutient que l'exigence de cohérence est certes une valeur mais qu'elle relève avant tout de l'ordre épistémique⁴⁰. Sans cohérence, c'est l'idée même de connaissance qui est menacée. L'exigence de cohérence existe donc pareillement pour le droit et c'est sans doute même la première forme d'exigence rationnelle et raisonnable. Cette règle épistémique de jugement pourrait alors ouvrir la voie à un traitement raisonnable du désaccord en droit.

II. Traitement raisonnable du désaccord

6. L'exigence de cohérence

La plupart des auteurs qui analysent le raisonnement et les théories juridiques parviennent à la conclusion qu'ils doivent être cohérents⁴¹. La cohérence est une norme épistémique fondamentale car elle est directement dérivée du principe de non-contradiction. Dire qu'un même élément ne peut être lui-même et son contraire à un même moment et dans un même lieu, c'est poser la

³⁹ V. *supra* n° 2.

⁴⁰ H. Putnam, *Vérité, raison, Histoire*, Éditions de minuit, 1984, p. 151-152.

⁴¹ N. McCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Les voies du droit, 1996, p. 181 et s. ; Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002, n° 333 et s., p. 197 et s.

cohérence comme une norme pour évaluer les théories et les raisonnements. Toutefois, la cohérence ne peut se confondre avec la rationalité. Le seul fait que les propositions émises par une personne soient cohérentes entre elles n'est pas un gage de qualité supérieure mais au contraire l'exigence minimale pour que le discours soit reçu et puisse faire raisonnablement débat.

Ainsi, lorsque la jurisprudence comporte des énoncés contradictoires, les auteurs dénoncent la ligne argumentative des juges comme particulièrement faible et devant être révisée. La cohérence appelle à réduire les divergences de positions qu'il est possible de relever entre les juges. En effet, lorsque les incohérences sont trop flagrantes, la Cour de cassation prend position en réunissant l'assemblée plénière ou une chambre mixte. Par exemple, ce fût le cas pour la définition de la force majeure qui n'était pas la même selon les chambres de la Cour de cassation ou pour la possibilité pour un tiers de se prévaloir de l'inexécution d'un contrat.

Mais la portée de la cohérence va bien au-delà des contradictions apparentes. En effet, l'exigence de non-contradiction est moins exigeante que la cohérence entendue comme l'exigence de comptabilité, d'harmonie ou de consistance entre les propositions. Cette forme de cohérence permet d'apprécier la puissance d'une argumentation en évaluant sa capacité à mobiliser des pans entiers du droit. C'est exactement l'office des principes chez Ronald Dworkin : ils expriment les valeurs sous-jacentes de nombreuses règles et précédents. Les principes opèrent une forme de concentration essentielle.

Du point de vue de l'argumentation, il ne s'agira plus d'exprimer les valeurs sous-jacentes mais de synthétiser les précédents légaux et jurisprudentiels. L'équivalent fonctionnel du principe dans le domaine de l'argumentation est la définition conceptuelle. En effet, les définitions juridiques sont en constante révision. Les définitions conceptuelles s'affinent avec le temps et intègrent les nouveaux cas que le juge y rattache directement ou indirectement. La définition juridique agrège en elle un très grand nombre de précédents légaux et jurisprudentiels, passés et futurs. La définition justifie que les cas qui tombent sous la même catégorie reçoivent un même traitement. En méthodologie juridique, le corollaire de la règle formelle de justice est qu'une différence de nature doit entraîner une différence de régime⁴².

⁴² J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255-272.

7. La cohérence comme critère de choix

La cohérence est une norme épistémique qui permet de choisir parmi plusieurs interprétations possibles. La cohérence oblige à considérer la force des précédents comme force de l'argumentation selon l'analyse de Chaïm Perelman déjà citée⁴³. Les définitions conceptuelles permettent d'augmenter la force de l'argumentation en augmentant le nombre de précédents qu'elles synthétisent.

Pour illustrer cette idée, prenons un exemple déjà cité au début de cette étude : peut-on créer un droit de jouissance perpétuel ? En droit des biens, le seul droit perpétuel reconnu est la propriété. Tous les autres droits réels prévus par la loi sont temporaires car ils sont des droits réels sur la chose d'autrui. Au regard de ces catégories, un droit perpétuel de jouissance paraît impossible. Pourtant, un arrêt de principe du XIX^e siècle a admis que la liste des droits réels n'est pas limitative⁴⁴. Un contrat peut alors créer un nouveau droit réel. Mais cette liberté peut-elle aller jusqu'à créer une catégorie alors inconnue ou bien la nouveauté doit-elle pouvoir être subsumée sous les catégories existantes ? La Cour de cassation a validé la thèse de la liberté et de la nouveauté absolue en admettant d'abord qu'un droit réel spécial de jouissance puisse être perpétuel⁴⁵ et, à plus forte raison, qu'il puisse excéder le maximum de trente ans applicable aux personnes morales⁴⁶. Cela semblait vouloir dire que les régimes légaux pouvaient être évincés en créant des catégories totalement originales.

Plus ou moins dubitatifs, les auteurs ont d'abord enregistré le changement en le rattachant à l'arrêt de principe historique et à d'autres précédents. Mais la Cour de cassation a rendu trois ans plus tard⁴⁷ un arrêt qui remettait en cause la possibilité d'admettre un droit réel perpétuel en dehors de la catégorie de la propriété. Les auteurs ont alors débattu de la pertinence de la solution et l'argument majeur de tous les commentaires était celui de la cohérence. Dressons ainsi un petit florilège des argumentations doctrinales.

Selon un premier auteur, une certaine interprétation de ce dernier l'arrêt serait compatible avec les arrêts précédents si l'on considère que « rien n'est dit ici de l'hypothèse où les parties auraient expressément rendu perpétuel le droit créé »⁴⁸. Mais cette interprétation est finalement écartée car « difficilement soutenable »⁴⁹, le refus de la perpétuité étant fondé dans l'arrêt sur l'ordre public. En effet, l'ordre public dépendrait selon le commentateur d'une théorie du

⁴³ V. *supra*, n° 3.

⁴⁴ Arrêt *Caquelard*, Req. 13 février 1834, *S.* 1834, 1, p. 205

⁴⁵ Cass. civ. 3^e 23 mai 2012, n° 11-13202.

⁴⁶ Cass. civ. 3^e 31 oct. 2012, n° 11-16304.

⁴⁷ Cass. civ. 3^e 28 janv. 2015, n° 14-10013.

⁴⁸ W. Dross, obs. à la *RTD civ.* 2015, p. 413.

⁴⁹ Précité.

démembrement. C'est cette conceptualisation précise qui rend compte de l'intégralité des droits réels sur la chose d'autrui qui conduit à regarder toute attribution concurrente de droits sur une même chose comme une anomalie qui le voit comme une anomalie au regard de la propriété. Aussi, le droit de jouissance étant un démembrement, il doit alors être temporel⁵⁰, la propriété seule étant perpétuelle.

Mais un deuxième auteur considère inversement à partir d'une analyse du rapport du conseiller rapporteur que « l'arrêt du 28 janvier 2015 ne reviendrait donc pas, quant à la durée, sur celui du 31 octobre 2012 : il ne ferait que le préciser, à partir d'une situation qui n'était pas celle de l'auguste précédent »⁵¹. En somme, l'hypothèse factuelle première avait été mal comprise. La cohérence est rétablie sans modifier les concepts, le précédent de 2012 a désormais rétrospectivement le sens qu'il aurait en somme toujours dû avoir !

Un troisième auteur est très critique. Il considère que « le rejet du caractère perpétuel du droit réel de jouissance spéciale par l'arrêt du 28 janvier 2015 est [...] difficilement compatible avec d'importants précédents jurisprudentiels »⁵². Il cite à ce titre l'un des précédents ayant déjà reconnu la perpétuité et un autre arrêt plus ancien en matière de copropriété. L'incohérence plaide ici pour une modification de cette dernière solution.

Pourtant, deux autres auteurs sont formels : « la Cour de cassation écarte sans ambiguïté la thèse de la perpétuité (*stricto sensu*) du droit de jouissance spéciale »⁵³. Il ne s'agit que d'une précision apportée aux arrêts antérieurs qui font foi. Pour cela, les auteurs exposent une alternative : la liberté des parties quant à la durée ou bien la durée encadrée par la loi. Or cette alternative est insuffisante et « pour préserver la cohérence du droit, on est conduit à se tourner vers une troisième analyse »⁵⁴. C'est l'analogie avec l'usufruit qui est pertinente même si elle conduit à modifier l'interprétation habituellement reçue d'un texte légal. Cette dernière position devra prévaloir car « une telle solution puise dans l'esprit de système qui fait la force et la cohérence du droit des biens »⁵⁵. Le droit de jouissance spécial étant regardé comme une sous-distinction de l'usufruit, il ne peut qu'être temporaire comme c'est le cas de l'usufruit lui-même qui lui sert de modèle.

⁵⁰ Précité.

⁵¹ Th. Revet, « Le droit réel dit "de jouissance spéciale" et le temps », *JCP G* 2015, 252.

⁵² J.-L. Bergel, « Le "droit réel de jouissance spéciale" ne peut pas être perpétuel », *RDI* 2015, p. 175.

⁵³ L. Andreu, N. Thomassin, « Précision jurisprudentielle sur la durée du droit de jouissance spéciale », *Deffrénois* 2015, p. 419

⁵⁴ Précité.

⁵⁵ Précité.

Encore plus significativement, un dernier auteur consacre un tiers de son commentaire à une analyse intitulée « l'épreuve de la cohérence »⁵⁶ et il cite lui aussi le Conseiller rapporteur de l'arrêt qui avait le souci de concilier la solution à venir avec les autres précédents⁵⁷. Bref, la perpétuité, pourtant bien affirmée, est rejetée par une révision du sens des décisions précédentes. Pour cela, l'ensemble des arrêts est ramené aux catégories admises. Depuis le début, les précédents sont interprétés comme n'ayant jamais dérogé aux concepts admis. Leur lettre a paru le faire mais leur sens profond n'était pas en désaccord avec les concepts juridiques. On pourrait même dire que ce sont les concepts juridiques qui ont permis de doter les arrêts d'un sens qu'ils n'avaient peut-être pas dans l'esprit des premiers juges.

Bref, il n'est guère besoin de multiplier les citations pour se rendre compte que la cohérence est une préoccupation majeure dans l'argumentation même si parfois elle est désignée indirectement ou nommée « compatibilité ». La question examinée est constamment ramenée au nombre de précédents et de concepts qui appuient ou réfutent la position défendue. La cohérence des concepts exprime l'orthodoxie sémantique des textes et leur histoire officielle. À défaut de pouvoir concilier toutes les solutions, on invoquera un revirement de jurisprudence (ou une anomalie) pour écarter des données dont l'analyse ne peut rendre compte de façon satisfaisante au regard des concepts reçus. Chaque commentateur tente d'écrire une histoire jurisprudentielle cohérente qui rappelle effectivement la métaphore du roman qui est mise en scène par Ronald Dworkin. Cette importance fondamentale de la cohérence avait déjà été mise en lumière pour la sélection des théories juridiques⁵⁸. Ce qui vaut pour les théories juridiques (qui sont des ensembles de concepts) vaut aussi pour l'argumentation juridique qui est fondée sur ces mêmes concepts. La cohérence exerce indéniablement une influence sur la façon de comprendre et de prendre part au désaccord.

8. L'influence de la cohérence

La cohérence agit profondément sur la pérennité du désaccord. Le désaccord mute mais ne meurt pas. La cohérence contraint à un déplacement successif des débats vers des points qui n'étaient pas immédiatement l'objet du texte commenté, décision de justice ou texte de loi. La cohérence a une fonction nettement prospective lorsqu'elle dessine les espaces futurs de discussion

⁵⁶ B. Mallet-Bricout, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », *D.* 2015, p. 599.

⁵⁷ B. Mallet-Bricout, précité, note 27 : le rapporteur déclare : « Nous ne saurions donc, sans nous déjuger, admettre d'emblée, comme le suggère le demandeur au pourvoi, que "la position doctrinale de la cour d'appel de Caen, qui trouve normal que des parties créent de toutes pièces un droit réel de jouissance spéciale, est erronée" ».

⁵⁸ Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002, n°334, p. 197.

raisonnable, les points sur lesquels l'incompatibilité des données appelle dès aujourd'hui une discussion approfondie pour mieux préparer l'avenir. Un autre exemple peut être développé pour comprendre cet aspect.

Pour savoir si les fruits ou revenus des biens propres demeurent propres ou deviennent communs des textes différents sont invocables. L'article 1401 du Code civil dit que les économies faites sur les revenus des propres sont des biens communs. L'article 1403 décide quant à lui que la communauté légale a droit aux « fruits perçus et non consommés ». On comprend alors que les économies sont des fruits perçus qui n'ont pas été consommés. *A priori*, les choses paraissent claires.

Seulement, les juges ont décidé sur une toute autre question que les revenus du travail sont communs dès leur origine (peu importe qu'ils soient économisés ou consommés). La règle formelle de justice agit alors sur la compréhension du problème. Pourquoi traiter différemment les revenus du travail et du capital puisque ce sont tous les deux des revenus ? Le problème est donc induit par l'existence d'un précédent rendu sur un litige pourtant totalement étranger à la question de départ. Néanmoins, ce précédent pèse dans le débat car il oblige à considérer l'harmonisation des solutions dans le droit des régimes matrimoniaux.

Pour éviter de soumettre les revenus du capital au même régime que les revenus du travail, on pourrait proposer une cohérence alternative. Le concept d'accessoire permet en effet de produire une autre symétrie. Puisque les revenus des biens communs sont communs par accessoire, alors, de la même façon, les revenus des propres devraient être propres par accessoire. On le voit, il est ici clairement possible de construire deux cohérences alternatives. Cette seconde forme de cohérence, en mettant à l'écart la solution judiciaire sur les revenus du travail, a longtemps été privilégiée.

Cependant, d'autres arguments issus de nouveaux précédents sont entrés en ligne de compte. Ils ont obligé à reconsidérer la cohérence des qualifications. Les juges ont en effet décidé qu'un bien acheté avant le mariage avec un emprunt remboursé par les revenus de l'époux était un cas où une dette propre (l'emprunt) était payé avec des deniers communs. Aussi, conformément à la loi, il fallait récompenser (rembourser) la communauté au jour de la liquidation. Mais l'effet inattendu de la qualification commune des revenus est d'imposer à l'époux de rembourser à la communauté non seulement le capital mais encore des intérêts du prêt. En définitive cela représentera souvent un montant supérieur au prix du bien immobilier qui correspond *grosso modo* au montant emprunté !

Pour se prémunir de ce résultat absurde, les juges ont alors imaginé une distinction entre le capital (soit le plus souvent le prix initial du bien) et les intérêts du prêt. L'époux ne remboursera que le capital mais pas les intérêts. Mais comment le justifier ? En considérant que la communauté doit rembourser les intérêts car ils sont une charge de la jouissance du bien. Une autre symétrie est alors créée : la dette relative aux intérêts est commune car elle est la contrepartie des fruits et revenus du bien propre qui sont affectés à la communauté⁵⁹. Est-ce à dire que les fruits et revenus sont alors communs dès leur perception ? L'arrêt de la Cour de cassation ne tranche pas la question. Et les auteurs ont discuté de cette nuance pendant encore quinze ans jusqu'à ce que la Cour de cassation décide enfin *expressis verbis* que les fruits et revenus des biens propres sont communs. Il faut dire que cette solution heurtait pourtant de front la lettre de la loi qui dispose que les dettes antérieures au mariage et leurs intérêts demeurent propres à leurs auteurs.

On comprend ainsi que le désaccord ne puisse s'éteindre si facilement ! Les auteurs ont ainsi invoqué cet argument tiré de la lettre de la loi. Les intérêts des dettes propres sont bien propres par détermination de la loi. Et la loi ne dit jamais que les fruits et revenus sont des biens communs à la source mais pose bien comme critère qu'ils doivent être économisés.

Qu'à cela ne tienne : pour mettre en cohérence les solutions légales avec la lettre de la loi, la loi sera alors comprise comme posant comme critère de l'économie la perception même des revenus. Et le texte qui dit que les intérêts restent propres sera tout simplement ignoré. Le désaccord se déplace alors sur une autre question, celle du pouvoir. Les pouvoirs sur les salaires ne sont pas partagés mais sont partagés sur les revenus du capital⁶⁰. En bref, les cohérences créées entre certains concepts permettent de dénoncer des incohérences dans l'articulation de concepts corrélatifs qui ne sont pas immédiatement impliqués dans l'arrêt commenté.

La cohérence fait plus que peser sur la détermination des concepts. Elle oriente l'évolution du désaccord en obligeant à décider quelles données sont compatibles ou incompatibles entre elles et pour quelles raisons. Contrairement à une image trop répandue, l'effort de conceptualisation cohérente ne se limite pas à un apport purement pédagogique de clarification du droit. La conceptualisation détermine la structure de l'argumentation elle-même.

⁵⁹ Arrêt *Authier*, Cass. civ. 1^{re} 31 mars 1992, n° 90-17212.

⁶⁰ B. Vareille obs. à la *RTD Civ.* 2007, p. 618

Ce qui est remarquable est que le désaccord est authentique mais n'est pas indécidable. Il peut toujours être résolu en prenant appui sur les concepts juridiques. La chaîne argumentative prend en effet pour point de départ les concepts puis les infléchit éventuellement au regard d'autres données à intégrer ou interpréter. La chaîne du droit se constitue alors en reliant entre elles toutes les solutions de façon cohérente ce qui permet d'incliner vers une solution raisonnablement préférable.

9. Comparaison avec la cohérence chez Ronald Dworkin

Le point de vue de l'argumentation a des avantages que la théorie dworkienne n'a pas. Il permet de ne pas faire de la bonne solution un absolu ou un mythe. L'analyse argumentative du désaccord permet de ne plus regarder la bonne solution comme un idéal ou un absolu mythique, une utopie juridique ou paradis perdu. La solution préférable existe certes mais au regard des données du droit positif⁶¹. La solution correcte est choisie non pas en soi mais au regard des précédents admis. Elle n'est donc pas unique au sens numérique du terme, le désaccord suppose d'ailleurs la pluralité de solutions. En revanche, c'est le concept qui propose la meilleure unité qui doit l'emporter. La bonne solution n'est alors pas un mythe car les concepts juridiques permettent effectivement de trancher : il sera toujours possible de déterminer dans quel concept doit se ranger le cas, au besoin en redéfinissant les catégories juridiques.

Dès lors, le juge Hercule reprend un visage humain car l'œuvre de conceptualisation ne dépend pas d'un hypothétique surhomme mais de la doctrine toute entière. Son œuvre consiste précisément à construire des ensembles conceptuels connus sous le nom de théories générales. La doctrine, humaine par sa chair (l'ensemble des auteurs), est divine par son esprit (l'ensemble des concepts). Elle est donc bien, comme Hercule, un demi-dieu !

Hercule pourrait alors être présenté comme la personnification de la doctrine. Les traités, les manuels, les fascicules encyclopédiques représentent un savoir herculéen de coordination de toutes les solutions du droit. La doctrine peut être décrite comme l'ensemble des ouvriers du droit⁶² qui bâtissent une œuvre cyclopéenne par son ampleur et herculéenne par la force intellectuelle qu'elle requiert. Elle intègre même le désaccord comme un élément de sa propre vie en tendant toujours vers l'unité des solutions que l'exigence de cohérence appelle. Pierre après pierre, strate après strate, le droit se construit et les briques conceptuelles posées par les précédents ouvriers imposent de

⁶¹ J. Ghestin, précité, note 16.

⁶² Ch. Atias, « Debout les ouvriers du droit ! (Autorité et poids de la doctrine) », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 361.

poursuivre certaines perspectives (quitte à les redresser) si l'on ne veut pas tout démolir et repartir à zéro. Cependant la doctrine n'est pas pour autant le propriétaire de l'ouvrage mais plutôt son maître d'œuvre : elle dirige, inspire et conduit. Tous sont unis dans une même discussion, un même désaccord car personne n'est le maître du sens global de l'édifice.

10. Conclusion : une approche irréaliste ?

Bien qu'elle corresponde à des intuitions assez fortes, la position adoptée pourra paraître bien trop optimiste pour ne pas dire irréaliste. Il est en effet évident que le droit est influencé par la morale, la politique, la religion et en général par toute forme d'idéologie. Le nier serait être aveugle à la réalité la plus concrète. Aussi, les concepts devraient être dénoncés comme les masques fragiles d'intérêts très concrets. Aussi, mieux vaudrait retourner franchement à la théorie de Ronald Dworkin qui assume pleinement l'aspect axiologique du désaccord.

Une telle objection se trompe pourtant de cible. Pour que le désaccord soit raisonnable de bout en bout, c'est-à-dire fondé rationnellement, encadré raisonnablement et tranché raisonnablement, il faut précisément qu'il puisse trouver une fin. Le débat juridique doit avoir une fin et le procès ne peut durer éternellement à la différence de la discussion philosophique. Vouloir réintroduire dans le débat pratique un débat éthique infini sur ce qui serait « le meilleur » revient à vouloir étendre le droit sur un temps infini. C'est peut-être possible à l'échelle historique mais c'est impossible à l'échelle du contemporain où les solutions doivent être trouvées *hic et nunc*.

En entonnant le même refrain de l'irréalisme, on a souvent reproché aux juristes français de construire des cathédrales qui ne représenteraient pas la réalité du contentieux. Mais l'objectif d'une construction juridique est-elle de représenter le contentieux, cette masse informe de décisions ? Par comparaison, la nature comporte-elle un modèle imitable de la cathédrale ou, plus modestement, de la maison ? L'habitat humain n'est-il pas justement ordonné à ses propres exigences de rationalisation des matériaux ? Le droit inhumain est justement celui qui n'est pas rationnel et raisonnable. Il est ainsi plus humain de traiter le droit en le soumettant à la contrainte de la cohérence que de le présenter comme une constellation de solutions chaotiques et fragmentaires en niant la possibilité même pour l'humain de le comprendre et de l'appréhender. Sous prétexte de décrire ce qui est, on s'interdit de comprendre ce qu'on fait.

Ainsi, le désaccord raisonnable en droit est le cœur même d'une épistémologie du droit digne de ce nom. La possibilité d'un désaccord raisonnable est inséparable du fondement rationnel et raisonnable de l'argumentation. Traiter le désaccord raisonnablement c'est permettre d'exposer sa signification et sa configuration propre en la distinguant de ses possibles déterminations morales,

politiques ou éthiques. De cette façon, le différend est conjuré pour laisser place à la divergence qui sera finalement réduite par un appel au droit pris comme une totalité. L'incohérence et l'incompatibilité manifestes des solutions appellent justement une rationalisation. Prétendre l'inverse c'est renoncer au savoir et dissoudre le droit dans le pouvoir et dans la décision. Le désaccord ne doit pas se trouver écrasé entre le marteau du pouvoir et l'enclume des faits. Bien au contraire, il s'agit de soumettre le marteau par la plume : c'est tout le sens d'une argumentation proprement juridique, d'une théorie qui refuse l'arbitraire⁶³.

⁶³ Ch. Atias, *Théorie contre arbitraire*, PUF, les voies du droit, 1987.