



**SERVICE COMMERCIAL**: PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

29, Avenue Robert Schuman – 13621 Aix-en-Provence Cedex 1

Tél. : 04-13-55-31-31 – puam@univ-amu.fr

*ABONNEMENT*: 5 numéros par an - Tarif 2019

Abonnement France : 185 € – Abonnement Étranger : 220 €

Numéro France et Étranger : 45 €

Chèque à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
CB-0000100606779 TRESOR PUBLIC - IBAN: FR76 1007 1130 0000 0010 0606 779  
BIC: TRPUFRP1

La Direction de la *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif* et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade – titre – affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE**

**DROIT PROSPECTIF**

**2019-5 N° spécial**

Abréviation de référence: RRJ

N. XLIII - 180 (44<sup>e</sup> année – 180<sup>e</sup> numéro)  
(5 numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - PUAM



## **COMITÉ SCIENTIFIQUE**

---

M. Paul AMSELEK	Professeur émérite de l'Université de Paris II Panthéon-Assas
M. Michel BUY	Professeur émérite, Aix Marseille Univ
M. Philippe DELEBECQUE	Professeur de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
M. Richard GHEVONTIAN	Professeur émérite, Aix Marseille Univ
M. Jacques MESTRE	Doyen honoraire à la faculté de Droit et de science politique d'Aix-Marseille
M. Jean-Louis MESTRE	Professeur émérite, Aix Marseille Univ
M. Xavier PHILIPPE	Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne
M. Alain SÉRIAUX	Professeur, Aix Marseille Univ
M. François TERRÉ	Professeur émérite de l'Université de droit Paris II Panthéon-Assas, Membre de l'Institut

\*

## **COMITÉ DE LECTURE**

---

I. BARRIÈRE-BROUSSE	A. LEBORGNE
J.-L. BERGEL	U. NGAMPIO
Ph. BONFILS	J.-B. PERRIER
A. BUGADA	J.-M. PONTIER
S. CIMAMONTI	E. PUTMAN
J.-Y. CHÉROT	J.-C. RICCI
G. LARDEUX	N. ROULAND
F. ROUVIÈRE	

## **ÉQUIPE DE RÉDACTION**

---

J.-L. MESTRE  
J. MESTRE  
J.-CL. RICCI



**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE**

– N° 33 –

**LE FORMALISME JURIDIQUE.  
MÉTHODES ET APPROCHES FORMELLES DU DROIT**

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité  
de M. le professeur Frédéric ROUVIÈRE



## LISTE DES CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Volumes I et II <i>Les définitions dans la loi et les textes réglementaires</i>	RRJ 1986-4 et 1987-4
Volume III <i>Les standards dans les divers systèmes juridiques</i>	RRJ 1988-4
Volume IV <i>Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs</i>	RRJ 1989-4
Volume V <i>Regards sur la méthodologie juridique</i>	RRJ 1990-4
Volume VI <i>Méthodes d'intégration du droit communautaire au droit Français</i>	RRJ 1991-4
Volume VII <i>Modes de réalisation du droit</i>	RRJ 1992-4
Volume VIII <i>Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques</i>	RRJ 1993-4
Volume IX <i>L'évaluation législative</i>	RRJ 1994-4
Volume X <i>Analogie et méthodologie juridique</i>	RRJ 1995-4
Volume XI <i>Méthodologie de la recherche juridique</i>	RRJ 1996-4
Volume XII <i>Législation par référence</i>	RRJ 1997-4

- Volume XIII RRJ 1998-4  
***Méthodes comparées de l'enseignement du Droit  
en France et à l'étranger***
- Volume XIV RRJ 1999-5  
***Les dispositions transitoires***
- Volume XV RRJ 2000-5  
***Méthodologie juridictionnelle  
La modélisation des actes de procédure  
et des décisions de justice***
- Volume XVI RRJ 2001-5  
***Pouvoir réglementaire et délégation de compétence  
normative***
- Volume XVII RRJ 2002-5  
***Justice et qualité***
- Volume XVIII RRJ 2003-5  
***Les procédures d'urgence en matière judiciaire  
et administrative***
- Volume XIX RRJ 2004-5  
***Méthodes du Code Civil: pérennité et évolutivité  
Les secrets d'un bicentenaire***
- Volume XX RRJ 2005-5  
***Rétrospective et perspectives de recherche en  
Méthodologie Juridique. Les 20 ans de l'Atelier  
de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille***
- Volume XXI RRJ 2006-5  
***Nouvelles méthodes d'accès et diffusion  
informatique du droit***
- Volume XXII RRJ 2008-5  
***L'analyse économique du droit.  
Autour d'Ejan Mackaay***

- 
- |  |            |
|--|------------|
| Volume XXIII<br><i>L'émergence d'une culture judiciaire européenne</i>   | RRJ 2009-5 |
| Volume XXIV<br><i>Globalisation du droit et professions juridiques</i>   | RRJ 2010-5 |
| Volume XXV<br><i>Les normes privées internationales</i>  | RRJ 2011-5 |
| Volume XXVI<br><i>Les concepts en droit: usages et identité</i>  | RRJ 2012-5 |
| Volume XXVII<br><i>La pensée de Paul Amserek</i>   | RRJ 2013-5 |
| Volume XXVIII<br><i>L'évolution et la révision des concepts juridiques</i>   | RRJ 2014-5 |
| Volume XXIX<br><i>Le désaccord en droit.<br/>Nouveaux regards sur l'argumentation en droit</i>                       | RRJ 2015-5 |
| Volume XXX<br><i>La construction de l'accord et du désaccord en droit<br/>Méthodes et épistémologie du désaccord</i> | RRJ 2016-5 |
| Volume XXXI<br><i>Doctrines juridiques et philosophie politique et morale</i>  | RRJ 2017-5 |
| Volume XXXII<br><i>Le raisonnement par cas.<br/>Le raisonnement par cas en droit</i>                                 | RRJ 2018-5 |
| Volume XXXIII<br><i>Le formalisme juridique.<br/>Méthodes et approches formelles du droit</i>                        | RRJ 2019-5 |



## AVANT-PROPOS

---

Frédéric ROUVIÈRE

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit (LTD UR 892)*

Le formalisme juridique, en tant qu'approche classique d'analyse et d'interprétation des textes juridiques, est aujourd'hui totalement critiqué et décrié. En France, l'école de l'exégèse a été fustigée par les auteurs du début du xx<sup>e</sup> siècle comme Gény, Saleilles, Demogue, Bonnacase. Elle a été jugée comme servile, attachée à la lettre du texte et éloignée de la pratique du droit. Aux États-Unis, la méthode des cas de Langdell a connu le même sort et le réalisme juridique s'est chargé d'en opérer une critique violente et radicale qui semble l'avoir définitivement discréditée. En Allemagne la *Begriffjurisprudenz* a connu un sort semblable et son principal promoteur (R. von Jhering) l'a lui-même désavouée dans ses écrits ultérieurs.

Si les différents courants de théorie du droit semblent avoir enterré le formalisme, bien des ambiguïtés et des paradoxes subsistent.

La première ambiguïté tient à la persistance des procédés formels en droit au rang desquels se trouvent la procédure et la prévalence de l'écrit en matière de preuve tout comme l'importance de l'analyse et de l'interprétation littérale. Ainsi la question se pose de savoir si le formalisme est réellement mort et surtout si son éviction ne contribue pas à obscurcir le concept de droit plutôt que de le clarifier.

La deuxième ambiguïté tient au fait que le formalisme n'a jamais été une école déclarée en tant que telle mais plutôt une reconstruction *a posteriori* visant à critiquer un ennemi désigné comme la « pensée juridique classique » ou « les formes classiques de la rationalité juridique ». Ainsi, on peut se demander si la critique du formalisme ne repose pas sur la volonté de modifier la représentation du droit et des juristes dans la société de façon à politiser le débat juridique et à lui ôter toute sa singularité.

La troisième ambiguïté tient au fait que le formalisme a été reconsidéré et réévalué à l'intérieur du courant des *Critical Legal Studies* et même au-delà comme une espèce d'élément nécessaire à la formulation du droit. Ainsi, cela voudrait dire que le formalisme est une donnée indépassable dans l'analyse du droit même si sa portée doit être délimitée et nuancée. D'ailleurs des nouveaux formalismes, atténués, ont émergé tentant de rendre justice à cette réalité théorique.

En dépit de travaux d'une très grande richesse aux États-Unis (car ce problème est lié à l'histoire de la pensée juridique américaine) il n'existait en France aucune étude de ces questions que ce soit dans la mise en parallèle de ces mouvements de pensée, dans l'étude du concept de formalisme ou de ses apports avec le réalisme « à la française » voire sur la théorisation du pouvoir de juger.

L'ensemble des contributions rassemblées tente de lever le voile sur chacun de ces aspects sans prétendre bien sûr épuiser le sujet.

L'idée de formalisme dans la pensée juridique française contemporaine (Véronique Champeil-Desplats) est moins claire qu'il n'y paraît au premier abord. Sans doute surdéterminée, cette idée est en outre difficile à distinguer de la mise en forme, à certains égards indispensables dans tout savoir. Le problème qui s'ouvre est alors en réalité celui des formalismes divers des juristes et de la réaction à leur égard entre analyse, critique et déconstruction.

Un de ces champs privilégiés est celui de l'enseignement du droit qui devrait professer un formalisme inquiet (Sébastien Pimont) des conséquences des solutions et décisions. Une « formation bivalente » serait alors nécessaire.

Sans doute, la théologie illustre cette critique du formalisme ou du moins une certaine théologie qui propose une critique anti-formaliste de certaines interprétations de l'ancien testament (Stefan Goltzberg). Ce débat entre judaïsme et christianisme comporte d'importantes ramifications sur le droit en Europe et surtout sur l'argument lié au sens littéral et au respect de la lettre des textes.

Pourtant, on peut aussi regarder en miroir comment un mouvement littéraire entier, à savoir le formalisme Russe (Marie Canbantous et Loïck Esparet) a pu importer dans le monde *a priori* peu formel de la fiction littéraire une véritable méthode qui présente de troublants points communs avec l'interprétation juridique.

L'actualité du formalisme juridique est donc impensable sans considérer ses racines à la fois religieuses et philosophiques et ses ramifications diverses.

Les critiques et les défenses du formalisme sont empreintes de cette tension.

Le réalisme juridique a contribué à théoriser le formalisme comme science du matériau juridique pur (Farnçois-Xavier Licari) fournissant une critique de celui-ci qui peut paradoxalement lui servir d'argument. C'est sans doute ce qui explique l'ambivalente influence des théories de l'interprétation sur le travail du juge aux États-Unis.

Par un même mouvement paradoxal, on constate que le vague, *a priori* peu suspect d'être formaliste, ne résiste pas si bien que cela au formel (Jean-Yves Chérot). Le regard porté sur la philosophie analytique contemporaine en donne une très pertinente et profonde illustration.

Une même ambivalence se retrouve dans la théorie résolument antipositiviste de Lon Fuller mais qui intègre pourtant des éléments formels (Olivier Tholozan). En effet, la pensée de Lon Fuller s'articule autour du concept de droit naturel procédural qui montre combien le droit est un art pratique rationnel et donc impensable sans la forme, support privilégié de la rationalité.

L'ensemble de ces tensions conduisent inévitablement à se poser la question de savoir si l'essence du raisonnement juridique n'est pas le formalisme en tant que tel (Frédéric Rouvière). Cette hypothèse expliquerait le rapport ambivalent à la forme : chaque fois qu'elle est critiquée dans le droit, elle apparaît comme ce qui résiste et se maintient même dans les théories qui prétendraient s'en défaire. Comme reprendre le mot de Paul Valéry, il se pourrait bien qu'au fond tout soit une question de forme.



## TABLE DES MATIÈRES

---

### Avant-Propos

Frédéric ROUVIÈRE..... 1745

### *RACINES ET ACTUALITÉ DU FORMALISME JURIDIQUE*

#### **L'idée de formalisme dans la pensée juridique française du xx<sup>e</sup> siècle**

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS ..... 1753

#### **Enseigner un formalisme inquiet**

*Remarques sur la place du formalisme dans l'enseignement du droit*

Sébastien PIMONT ..... 1769

#### **Les racines théologiques de l'antiformalisme en droit**

Stefan GOLTZBERG ..... 1779

#### **Le formalisme russe : littérature et juridicité**

Marie CABANTOUS & Loïck ESPANET..... 1795

### *CRITIQUES ET DÉFENSES DU FORMALISME JURIDIQUE*

#### **Le formalisme juridique comme science du matériau juridique pur**

François-Xavier LICARI ..... 1817

#### **Le vague résiste-t-il au formel ?**

Jean-Yves CHÉROT..... 1859

#### **Formalisme et naturalisme dans le jusnaturalisme procédural de Lon Fuller**

Olivier THOLOZAN..... 1889

#### **Le formalisme comme essence du raisonnement juridique**

Frédéric ROUVIÈRE..... 1903

Tables générales de l'année 2019 ..... 1917



*RACINES ET ACTUALITÉ  
DU FORMALISME JURIDIQUE*



# L'IDÉE DE FORMALISME DANS LA PENSÉE JURIDIQUE FRANÇAISE DU XX<sup>E</sup> SIÈCLE

---

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

*Professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre,*

*Centre de théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF, UMR 7074*

**Abstract:** *The concept of formalism is associated in the legal field with protean phenomena. In certain respects, formalism is omnipresent in law, which proposes a specific shaping of the world, as it is manifested in almost all the academic discourses that apprehend it. However, not all the forms of shaping provided by the law and by the academic discourses that analyze it necessarily constitute the expression of formalism.*

Le concept de formalisme est associé dans le champ juridique à des phénomènes protéiformes. À certains égards, le formalisme est omniprésent dans le droit, celui-ci proposant une mise en forme spécifique du monde, de même qu'il se manifeste dans presque tous les discours savants qui l'apprehendent. Il n'existe en effet pas de méta-discours qui ne procèdent à une remise en forme, y compris lorsqu'il s'agit d'expliquer la *Théorie pure du droit* par une bande-dessinée<sup>1</sup>.

Pour autant, si l'on veut prêter au suffixe « isme » une signification, il faut convenir que toutes les mises en forme opérées par le droit et par les discours savants qui l'analysent ne constituent pas nécessairement l'expression d'un formalisme. Certes, il n'est pas aisé de caractériser précisément la nuance. En s'en remettant aux fonctions générales du suffixe, considérons que le « isme » désigne une accentuation d'un comportement ou d'une opinion par une « prise de position, théorique ou pratique » eu égard à la réalité ou à la notion<sup>2</sup> auxquelles il est associé. S'agissant du droit, le formalisme serait alors une accentuation de la forme juridique, résultant de pratiques répétées ou de l'importance prépondérante conférée à celle-ci ; il manifeste un rapport spécifique à la forme juridique, qu'il soit d'adhésion, d'exacerbation, de justification ou de perfection. Le formalisme peut ainsi, par exemple, consister en un type d'usage plus ou moins exclusif et systématique de certains d'outils de mise en forme ou remise en forme du droit. Plus précisément, il est possible de relever au moins sept types de phénomènes désignés par le concept de formalisme dans le champ juridique<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> L. A. WARAT, G. P. CABRIADA, *Os Quadribos puros do direito*, ALMED ed., 2017 <https://www.passceidireto.com/arquivo/1954656/os-quadrinhos-puros-do-direito-hans-kelsen-em-quadrinhos-luis-alberto-warat-gust>

<sup>2</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/-isme>.

<sup>3</sup> Pour de plus amples développements, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre ouvrage V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> ed., 2016, p. 47 et s.

1. Le formalisme renvoie tout d'abord à un mode de définition ou de délimitation de l'objet d'analyse. *Stricto sensu*, une délimitation formaliste de l'objet « droit » consiste à ne prêter attention qu'au droit positif, rien que le droit positif, en écartant les faits, les principes ou les valeurs qui l'entourent. *Strictissimo sensu*, l'objet se resserre davantage encore sur les formes et les structures des systèmes juridiques et des normes qui les composent. L'analyse matérielle du contenu de ces normes, c'est-à-dire ce qu'elles prescrivent sur le fond dans des espaces-temps donnés, est alors délaissée, ce contenu étant réputé contingent pour identifier le droit et ses propriétés normatives. *La Théorie pure du droit* proposée par Hans Kelsen est caractéristique de cette orientation.
2. Dans le prolongement, le formalisme est associé à une décontextualisation de l'analyse du droit. Le droit n'est étudié que pour lui-même sans considération du contexte de sa production, de ses fonctions ni de ses effets politiques, économique ou sociaux.
3. Le formalisme peut aussi désigner un mode d'appréhension du monde qui tend à le lire uniquement à travers des catégories juridiques. Ce « pan-juridisme » conduit à qualifier juridiquement l'ensemble des phénomènes politiques, économiques, sociaux ou culturels...
4. Le formalisme caractérise également un type de rationalisation des normes juridiques qui recourt essentiellement à des outils logiques de pensée. L'ambition est de classer les normes juridiques, d'en proposer un ordonnancement systématique, pour en tirer des inférences logiques.
5. Le formalisme est, en conséquence, plus spécifiquement identifié à une représentation du droit comme système normatif parfait, c'est-à-dire complet, non contradictoire et cohérent.
6. Le formalisme désigne aussi une certaine représentation du raisonnement juridique, à grands traits, le raisonnement logico-déductif pour les systèmes de *civil law*, le raisonnement analogique pour les États de *common law*. Ces inférences sont réputées conférer au raisonnement juridique la rigueur de la logique et permettre de trouver, à partir des propositions principales de l'ordre juridique, des solutions qui en découlent nécessairement.
7. Enfin, le formalisme est liée à une certaine conception de l'interprétation des textes juridiques, une conception « logico-systémique ». Celle-ci présuppose que la signification « intrinsèque de la norme » découle de la lecture de l'ensemble du système dans lequel elle est insérée. Sont alors exclus du processus interprétatif les « facteurs historiques,

téléologiques, économiques, fonctionnels, environnementaux, ou en un mot, les facteurs » considérés « extrinsèques » au système juridique<sup>4</sup>.

Il ne s'agit pas ici de développer dans le détail la façon dont ces sept expressions du formalisme ont été mobilisées dans la pensée juridique française au xx<sup>e</sup> siècle. On proposera plutôt de repérer celles qui ont servi de point d'appui pour caractériser, valoriser et, surtout, dévaloriser les modes d'analyse de droit pendant ce siècle. Car, à l'instar de ce qu'a mis en évidence Brian Tamanaha à propos des critiques formulées à l'encontre du formalisme par les réalistes américains<sup>5</sup>, celles ayant eu cours en France étaient souvent caricaturales et destinées à mieux justifier qu'il fallait s'en détourner pour assurer le renouveau de la science juridique.

Mais le plus intéressant réside peut-être dans le constat que rares sont les détracteurs du formalisme qui *in fine* s'en sont entièrement défaits : chassez le formalisme, il revient au galop ! Le poids pluriséculaire de la structuration formaliste de la pensée juridique y est pour beaucoup, tout comme, aussi, le fait que les juristes de l'époque adoptent presque tous un point de vue interne sur le droit<sup>6</sup>. Autrement dit, ce sont le plus souvent des programmes dogmatiques de réformation du contenu du droit et des principes de justice qui sont proposés, plutôt qu'une refonte radicale des pratiques de mise en forme juridique. D'ailleurs, beaucoup ont fini par considérer que s'écarter de celles-ci présentait quelques dangers : danger d'anarchisme sur un plan politique, danger de nihilisme sur le plan philosophique, danger de dilution de l'identité disciplinaire sur le plan académique<sup>7</sup>. À cet égard, comme Roscoe Pound aux États-Unis, François Gény a donné les signes d'une fermeture de la parenthèse enchantée dès le début des années 1920<sup>8</sup>.

Le formalisme a donc été en partie réhabilité en tant que colonne vertébrale du droit et de la science du droit, en appelant toutefois à en atténuer les effets. Sur un plan dogmatique, il s'agit d'en tempérer les excès par la considération de principes de justice. Sur un plan théorique, il s'agit d'enrichir les appareils méthodologiques et conceptuels d'analyse du droit. Après donc avoir été construit comme repoussoir

<sup>4</sup> S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2001, p. 48 ; voir aussi G. TARELLO, « Formalismo giuridico », in G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 37 et s.

<sup>5</sup> B. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2010 ; voir aussi Y. GANNE, *L'ouverture du droit aux sciences sociales. Contribution à l'étude du droit savant américain contemporain*, Université de Strasbourg, thèse soutenue le 5 juillet 2019.

<sup>6</sup> H. L. A. HART, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, traduction française, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, voir p. 112-115.

<sup>7</sup> Voir C. JAMIN, P. JESTAZ, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 141.

<sup>8</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, LGDJ, 1922, p. 10. ; voir C. JAMIN, P. JESTAZ, *La doctrine, op. cit.*, p. 140 et p. 147 et s.

afin de promouvoir un renouveau de la science du droit (I), le formalisme juridique a été objet de correctifs (II). Puis, il est aussi devenu un objet d'étude: le droit est alors envisagé comme une mise en forme normative spécifique du monde social et les discours savants qui s'y rapportent comme des remises en forme de ces mises en forme. Tous sont producteurs de leurs propres formalismes (III).

## I. Le formalisme, objet-repoussoir

La volonté d'associer la science du droit aux transformations méthodologiques provenant des sciences physiques et de la nature et de l'avènement des sciences sociales est passée, au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, par une étape de dépréciation d'une méthode juridique qualifiée de « traditionnelle », « classique », « logique » ou encore « mathématique ». Un des dénominateurs communs des différents projets de refondation de la science du droit est ainsi d'avoir voulu se départir d'une structure de pensée logico-déductive.

Les raisons avancées par les juristes de l'époque sont hétéroclites. Toutefois, elles s'unissent dans l'idée que la méthode juridique classique est déconnectée de la réalité, une réalité qui se trouve alors fétichisée. Le formalisme de la méthode juridique classique négligerait les effets concrets produits par des normes juridiques, tout comme par les propositions de la science du droit. Il ne permettrait pas de saisir ce que font « réellement » les autorités normatives. Il s'avérerait impuissant à capter les valeurs et les idéologies véhiculées par le droit et, partant, inadapté pour comprendre l'intégralité et la complexité des phénomènes juridiques. Finalement, le formalisme produirait, sur le plan axiologique, une science dangereuse et, sur le plan heuristique, une science paresseuse.

Le danger axiologique a été plusieurs fois dénoncé dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Léon Duguit, par exemple, associait la pensée logico-déductive à « l'immobilité théocratique » et à « la révolution jacobine »<sup>9</sup>. Maurice Deslandres considérait, pour sa part, que la méthode juridique classique était « erronée » et que « l'erreur ne va jamais sans péril ». Le danger relevé est de concevoir « le régime politique d'un pays comme un tout logique, comme un enchaînement rationnel de principes et de déductions ». Or, « un régime politique logique, simple instrument d'une force unique et tyrannique par conséquent, serait » ou bien un régime d'oppression et un régime caduc », ou bien « un régime anarchique et voué à sa révolution »<sup>10</sup>.

Danièle Lochak accentue plus tard l'argument à propos des travaux de la doctrine sous Vichy. Pour l'auteure, « le traitement purement formel et théorique des problèmes opère [...] un effet de déréalisation, contribuant à banaliser la

<sup>9</sup> L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *RIE*, 1889, p. 4-5.

<sup>10</sup> M. DESLANDRES, « La crise de la science politique. Le problème de la méthode », *RDP*, 1900, p. 460-461.

législation antisémite » alors « ramenée à un ensemble de normes obligatoires qui demandent, comme toutes les autres, à être appliquées, interprétées et mises en cohérence ». En raisonnant de façon logique avec les catégories des discours antisémites, la doctrine finit par déconnecter ces termes de la réalité, par les banaliser, par produire « un effet d'euphémisme ». En reformatant la « logique antisémite » dans les « catégories du droit commun », « la logique juridique » a pour conséquence d'occulter ce que les mesures antisémites ont d'« exorbitant »<sup>11</sup>.

Ce danger axiologique est lié, sur un plan heuristique, à la propension attribuée au formalisme de se déconnecter du monde réel. Les constructions juridiques classiques appauvriraient la compréhension de la réalité, et en particulier de la réalité du droit.

En France, François GénY est l'un des premiers auteurs à avoir mis en évidence comment les opérations de définition, de systématisation, de classification ou de déduction fonctionnaient comme des « recueils de recettes »<sup>12</sup>, qui, lorsqu'elles sont menées de façon purement logique et transcendante, tournent à vide et négligent les enjeux réels. Dès lors, pour GénY, le formalisme fige là où le droit est un phénomène vivant. Or, soutient-il, « vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale »<sup>13</sup>. En immobilisant le vivant, la pensée formaliste s'avérerait impuissante à saisir et à comprendre « l'intégralité mouvante » des phénomènes<sup>14</sup>. Pire, elle conduirait à contorsionner les faits pour qu'ils rentrent artificiellement dans des catégories logiques préétablies. GénY recommande donc de se détourner d'une telle méthode « formelle et passive » pour construire une méthode « critique et active »<sup>15</sup>. Pour ce faire, le juriste doit se tourner vers des savoirs revitalisants : l'histoire, l'économie, la philosophie, la philosophie de la connaissance. C'est plus particulièrement avec Bergson<sup>16</sup> et son concept d'intuition que GénY entend « résister à l'attrait fallacieux des constructions conceptuelle » du formalisme logico-déductif<sup>17</sup>. Parce que le concept d'intuition permet de ne pas détacher « les problèmes juridique [...] des événements de la vie qui les font surgir », les jurisconsultes peuvent avec lui faire progresser leur discipline et procéder à des « études minutieuses de

<sup>11</sup> D. LOCHAK, « La doctrine du positivisme sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p. 261.

<sup>12</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé*, op. cit., p. 127.

<sup>13</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, 1919, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, p. 225.

<sup>14</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé*, op. cit., p. 145, voir aussi p. 132.

<sup>15</sup> F. GÉNY, op. cit., p. 26-27.

<sup>16</sup> H. BERGSON, « Introduction à la métaphysique », *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, t. XI, p. 1-36

<sup>17</sup> F. GÉNY, op. cit., p. 140.

jurisprudence », des dossiers, des formulaires, des actes « de la pratique [...] où apparaissent des séries de situations juridiques à débrouiller »<sup>18</sup>.

François Gény est loin d'être le seul à déplorer les déconnexions de l'esprit logique à l'égard de la réalité. On retrouve des critiques semblables à la même époque, entre autres, chez Paul Pic<sup>19</sup>, Maurice Deslandres<sup>20</sup> ou Raymond Saleilles<sup>21</sup>. Ce dernier s'en prend particulièrement aux enchaînements de « conséquences successives » effectués par déduction logique à partir de principes supérieurs car ils entretiendraient une illusion de cohérence de l'évolution de l'histoire. Tout se passe comme si les institutions et le droit modernes découlaient logiquement de l'époque féodale. Il s'agit là, pour Raymond Saleilles, d'un regard « purement intellectuel, étranger aux faits, sans relation avec la réalité sociale, et qui peut tout aussi bien, à l'aveugle, contrecarrer cette dernière ». À marcher « droit devant lui, allant de conséquence en conséquence, sans regarder aux résultats », le raisonnement logico-déductif devient, nous dit l'auteur, « purement artificiel, d'un radicalisme aveugle et brutal »<sup>22</sup>. Or, « en matière de science sociale, il faut », à l'inverse, « que la volonté théorique ait l'humilité de plier devant l'expérience pratique, et devant le fait accompli ». Et il conclut : « les événements se rient de nos systèmes »<sup>23</sup>. Maurice Deslandres n'écrit rien de différent. Les phénomènes juridiques n'étant pas « des systèmes déduits de principes juridiques [...], mais des combinaisons de forces et des produits de la vie »<sup>24</sup>, seule une « science vivante et efficace »<sup>25</sup> tournée vers l'histoire ou les phénomènes sociaux peut adéquatement en rendre compte et les expliquer.

Les fondements de toutes les tentatives de renouvellement de l'analyse du droit au moyen des sciences sociales sont ici posés.

L'opposition entre le formalisme de la logique juridique et la vie réelle sera ainsi le point de départ de tous ceux qui ont initié l'autonomisation de la science politique vis-à-vis de la science juridique du droit constitutionnel. Au début des années 1930, Joseph Barthélémy et Boris Mirkine-Guetzévitch pouvaient par exemple soutenir :

« le mécanisme paresseux de la logique abstraite ne suffit plus ; il faut pénétrer dans la vie politique du pays, l'observer objectivement, scientifiquement ;

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>19</sup> N. HAKIM, « La science de la question sociale de Paul Pic », in N. HAKIM, F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Paris, Dalloz, 2009, p. 142.

<sup>20</sup> M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *op. cit.*, p. 444 et s.

<sup>21</sup> R. SALEILLES, « Y a-t-il une crise de la science politique ? », rééd. Paris, Dalloz, 2012, p. 25.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>24</sup> M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *RDP*, 1901, p. 403.

<sup>25</sup> M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *op. cit.*, 1900, p. 247.

étudier comment les institutions réagissent à l'épreuve des faits, rechercher l'influence des textes sur les réalités et des réalités sur les textes »<sup>26</sup>.

Boris Mirkine-Guetzévitch surenchérisait après la seconde guerre mondiale :

« Historiquement, la loi est toujours une transaction. C'est pourquoi la logique juridique seule n'est pas capable d'expliquer le droit. À côté de la logique juridique, il y a le droit vivant, le droit qui se crée non dans le calme des cabinets de travail, mais dans le tumulte des assemblées, dans la lutte des intérêts, des groupes, des nations. Dans chaque lois, il faut observer ainsi deux éléments ; la conscience juridique de l'époque et la technique juridique du compromis entre les forces en lutte »<sup>27</sup>.

Le même ordre de considération est partagé par les bâtisseurs français de la sociologie du droit. Beaucoup, comme Henri Lévy-Bruhl<sup>28</sup>, Georges Gurvitch<sup>29</sup> ou Jean Carbonnier<sup>30</sup>, reprennent à leur compte la distinction du travail disciplinaire opérée par Max Weber qui laisse à la science juridique l'analyse logico-formaliste d'un « devoir-être idéal »<sup>31</sup> et confie à la sociologie la compréhension « des comportements, c'est-à-dire l'agir des hommes rapporté aux normes, les représentations que l'homme se fait » de ces normes, ou encore « l'être des faits concrets »<sup>32</sup>, le « devenir réel »<sup>33</sup>.

L'opposition « logique juridique *versus* réalité » revient enfin, dans les années 1970, parmi les travaux fondateurs du mouvement critique du droit. La perspective est à ce moment-là peut-être moins de forger des disciplines nouvelles prenant pour objet le droit que de conduire l'analyse de celui-ci au moyen d'appareils critiques développés par les sciences sociales. Il s'agit de sortir l'étude du droit du seul travail de classification et de systématisation pour capter la multi-dimensionnalité politique et sociale des phénomènes normatifs. Comme l'explique Michel Miaille :

« la logique juridique, par le jeu d'abstraction, va construire un certain nombre de concepts qui éliminent le contenu concret, réel, auquel ils renvoient pourtant. Les choses apparaissent alors uniquement [...] à travers

<sup>26</sup> J. BARTHÉLÉMY, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire contemporaine*, IV, 1932, « Préface », p. 1-2, cité in B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, n° 4, oct.-nov., 1949, p. 397.

<sup>27</sup> B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 400.

<sup>28</sup> H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1990.

<sup>29</sup> G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, (1940), rééd. Paris, Dalloz, 2012.

<sup>30</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige 2004, p. 17.

<sup>31</sup> M. WEBER, *Économie et société* (1922), Paris, Plon, 1971, p. 321.

<sup>32</sup> R. TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1995, p. 133.

<sup>33</sup> M. WEBER, *op. cit.*, p. 321.

ces formes isolées de leur contexte: le mineur, le tuteur, la propriété, le droit de vote, le contrat, etc. La logique juridique consistera alors à proposer la manière d'assembler ces termes, de les classer, donc de les utiliser au sein d'un système cohérent de sorte qu'aucun de ces termes ne viennent troubler l'accord du système lui-même, c'est-à-dire ne viennent constituer un objet de contradiction »<sup>34</sup>.

Un constat semblable conduit Jacques Chevallier et Danièle Lochak à proposer, à la même époque, de dépasser le formalisme de la science du droit administratif pour préférer une science administrative nourrie par les sciences sociales. Le diagnostic est clair:

« les concepts et la méthode juridiques se révèlent [...] inadéquats pour expliquer le fonctionnement et le rôle de l'administration. Si l'on veut dépasser le stade des monographies descriptives, il faut abandonner les méthodes d'analyse juridiques qui en figeant la réalité administrative dans des cadres et des concepts préétablis ne permettent pas de l'appréhender dans sa complexité »<sup>35</sup>.

Les deux auteurs poursuivent:

« la méthode juridique s'appuie sur des schémas conceptuels logiques, cohérents, rationnels, dont il est difficile de s'évader. D'où une tendance à accepter comme donné le caractère logique et rationnel des phénomènes et à essayer de retrouver dans l'organisation administrative une logique interne qui n'existe pas toujours. On aboutit ainsi, soit à une description superficielle, soit à un schéma normatif impliquant une critique implicite de tout phénomène aberrant par rapport à la logique qui sous-tend ce schéma ».

Exemple est donné de la notion de tutelle: en se bornant à l'envisager sous l'angle d'un régime juridique précis (en particulier, « pas de tutelle sans texte »), les juristes se trouvent « impuissants à rendre compte des rapports complexes qui se nouent entre le préfet et les maires, comme l'ont montré plusieurs recherches sur le système politico-administratif »<sup>36</sup>.

## II. Le formalisme, objet de correctifs

Ces critiques virulentes ont porté certains, toutefois très minoritaires en France, à rompre radicalement tant avec l'analyse des formes du droit qu'avec les entreprises de classification et de systématisation auxquels procèdent

<sup>34</sup> M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 205.

<sup>35</sup> J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, *Science administrative*, Paris, LGDJ, 1978, t. 1, p. 74-75.

<sup>36</sup> *Ibid.*

habituellement les juristes. Cette rupture a produit, à une extrême, des analyses critiques des rapports de domination véhiculés par le droit<sup>37</sup> et, à l'autre extrême, des philosophies morales désireuses de réintégrer une idée de justice de type jusnaturaliste dans la pensée du droit<sup>38</sup>.

Il reste que, pour une grande majorité d'auteurs, la réorientation du travail juridique a tourné court ou, plutôt, elle a fini par présenter une envergure plus modeste que prévue. Outre le poids des habitus académiques et disciplinaires, deux principales raisons peuvent l'expliquer.

En premier lieu, les juristes du tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles ont beaucoup compté sur l'importation de la méthode expérimentale développée en France par Claude Bernard pour se dégager des raisonnements logico-déductifs. L'ambition était de saisir la « réalité du droit », d'une part, en déplaçant le corpus d'étude des textes législatifs ou des codes vers l'activité juridictionnelle alors en plein essor et, d'autre part, en substituant à la démarche déductive effectuée depuis lesdits textes ou des principes posés *a priori*, une démarche inductive partant de l'observation des pratiques quotidiennes du droit. François GénY l'expliquait parfaitement : « la méthode de démonstration par la déduction strictement logique » part « de définitions *a priori*, construites par génération, immuables, rigides, nécessaires, universelles (définitions géométriques), complétées par des axiomes et des postulats, sur lesquels s'échafaudent les théorèmes, dans un enchaînement rigoureux et pleinement convaincant pour l'esprit » ; « à l'inverse, la méthode inductive » se déploie à partir de phénomènes « bruts et non organisés ». Elle se développe depuis une « hypothèse suggérée par l'observation primesautière », et cherche à la vérifier « au moyen d'une observation plus profonde, mieux encore de l'expérimentation proprement dite »<sup>39</sup>.

La faiblesse des termes de cette opposition réside dans le fait que la démarche inductive reste une mise en forme d'ordre logique de la réalité. Elle nécessite en outre un point d'arrêt de la généralisation des données qu'elle opère, point d'arrêt qui ne peut être fixé qu'en fonction d'une finalité préétablie. Enfin, comme l'a bien expliqué Raymond Carré de Malberg<sup>40</sup>, les opérations d'induction et de déduction se révèlent être étroitement complémentaires et interdépendantes dans les processus de théorisation. GénY en convient aussi. Il commence son ouvrage *Science et technique en droit privé* écrit vingt ans après *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* en reconnaissant que « la mécanique de l'interprétation », les opérations de

<sup>37</sup> Voir M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, *op. cit.* ; G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971.

<sup>38</sup> V. notamment, M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, red. 2001.

<sup>39</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, p. 168-169.

<sup>40</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, réédition Éditions du CNRS, 1920, p. 1 et s.

systématisation, de catégorisation et de déduction se mêlent « comme d’instinct »<sup>41</sup> à l’observation et à l’induction. Il le démontre en décomposant les principales étapes méthodologiques d’analyse du droit : l’observation des réalités dégage les problèmes et prépare la solution ; elle appelle l’étape suivante de formulation de « postulats, entrevus par intuition et acceptés par un élan de croyance, pour servir de bases aux inférences » ; la déduction devient ensuite prédominante car « seule apte à féconder les principes et à les mettre en pleine valeur ». Finalement, reconnaît GénY, l’expérimentation reste rare et n’intervient

« guère qu’à titre d’observation renforcée pour contrôler les résultats acquis par le raisonnement logique ; les hypothèses se [présentent] sous forme conceptuelle et [s’érigent] parfois en théories, afin de donner aux principes une fermeté artificielle, qui puisse en augmenter la portée déductive »<sup>42</sup>.

En second lieu, la méthode expérimentale dont s’inspirent les promoteurs d’une nouvelle science du droit s’accommode fort bien d’une délimitation formaliste de l’objet juridique. Il suffit de l’exercer à partir des seules données du droit positif, que celles-ci proviennent de la loi, des actes administratifs ou de l’activité juridictionnelle. C’est ainsi que chez de nombreux auteurs, malgré les intentions affichées, les modes de restitution et de remise en forme du droit ne s’avèrent pas radicalement différents de ceux de leurs prédécesseurs. Si en s’ouvrant à « la réalité », certains peuvent enrichir leurs travaux de données relatives aux pratiques sociales du droit, le plus souvent, les juristes se contentent de mettre en ordre et de synthétiser les décisions juridictionnelles ou administratives observées. Comme le relèvent Christophe Jamin et Philippe Jestaz, se retrouve en fin de compte appliqué « à la jurisprudence le même soin de rationalisation et de systématisation que les exégètes appliquaient au code »<sup>43</sup>.

Dès lors, plutôt que de se détourner des travers formalistes qui structurent la science juridique, certains ont entrepris d’en proposer des correctifs.

Au niveau épistémologique, c’est sur le terrain de l’interdisciplinarité que des correctifs ont pu être envisagés. Toutefois, celle-ci est conçue et pratiquée de façon très variable. Pour de nombreux auteurs, les incursions vers des données et disciplines non-juridiques restent d’ordre instrumental, auxiliaire ou annexe<sup>44</sup>. Elles remplissent une simple fonction de mise en contexte des enjeux sociaux, politiques ou économiques de la règle de droit. Par ailleurs, il a pu aussi être relevé que les données et catégories fournies par les disciplines non juridiques faisaient

<sup>41</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, p. 9-10.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>43</sup> P. JESTAZ, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 109.

<sup>44</sup> Voir par exemple, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 1963, p. 39.

souvent l'objet d'un reformatage dans les modes de catégorisation et de raisonnement plus habituels aux juristes<sup>45</sup>. Parfois aussi, elles sont considérées comme des évidences indiscutables relevant « de l'ordre de ce qui est *donné* et s'impose »<sup>46</sup>.

Sur un plan axiologique, les correctifs apportés aux excès et dangers attribués au formalisme prennent la voie d'une réintroduction de considération de justice dans le droit. Les appels pascaliens à « corriger l'esprit de géométrie par l'esprit de finesse »<sup>47</sup> ou par des jugements moraux ne sont pas rares. Les *Leçons de droit civil* d'Henri, Léon et Jean Mazeaud l'illustrent. Si, pour ces auteurs, les méthodes de la discipline du droit, de l'interprétation comme de « l'enseignement des règles de droit »<sup>48</sup> doivent être structurées par un même programme de maîtrise de la logique et de la technique du langage juridique, cette base formelle ne doit cependant pas faire oublier que « tous les juristes ont pour mission de contribuer à instaurer une vie sociale toujours plus juste par une amélioration constante de la règle de droit »<sup>49</sup>. La fonction sociale du juriste exige alors de celui-ci qu'il prenne position sur le droit positif. Les « méthodes dans la recherche d'une règle de droit plus juste » doit notamment conduire à s'aider « des faits du passé et du présent », chose possible grâce « à l'histoire, à la sociologie, à l'économie politique » mais aussi au droit comparé. C'est éclairés par ces informations que les juristes peuvent proposer des modifications de la règle de droit, « guidés qu'ils seront par le but à atteindre: l'idéal de justice à réaliser ». A ceci doit aussi s'ajouter la « vertu de la prudence » sans laquelle l'idéal de justice pourrait devenir source d'insécurité juridique. De la même façon, en matière d'interprétation, la méthode logique doit primer mais elle « ne doit pas être poussée trop loin »: « le juriste doit savoir renoncer aux déductions logiques dès qu'elles ne cadrent plus avec les nécessités de la vie sociale et de la justice. Plus simplement, on peut recommander au juriste de tempérer le raisonnement fondé sur la logique par un *solide bon sens* »<sup>50</sup>.

### III. Le formalisme, objet d'enquête

Si, comme l'ont parfaitement remis en perspective Vincent Forray et Sébastien Pimont<sup>51</sup>, le droit est mise en forme et la science du droit une remise en forme elle-même plus ou moins formatée de cette mise en forme, les forma-

<sup>45</sup> T. KIRAT, L. VIDAL, « Le droit et l'économie: approche critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *Annales de la régulation de l'Institut André Tunc*, vol. 1, p. 14.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>47</sup> H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1936, p. 6/

<sup>48</sup> H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>51</sup> V. FORRAY, S. PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer*, Paris, Dalloz, 2017.

lismes résultant éventuellement de ces processus sont susceptibles de devenir un terrain d'étude, un objet d'enquête.

L'entreprise n'est en réalité pas nouvelle. Au début du xx<sup>e</sup> siècle, Raymond Saleilles insistait déjà sur le fait que le droit est une mise en forme de la vie sociale<sup>52</sup>. Selon lui, cette mise en forme est nécessaire pour que puissent être cristallisées, par « la méthode juridique », les grandes conquêtes et évolutions sociales<sup>53</sup>. Dès lors, si Saleilles se montre sensible à ce que la science juridique envisage le droit « sous l'angle de sa fonction sociale supérieure »<sup>54</sup>, il n'entend pas mettre à l'écart la méthode juridique. Le renouvellement envisagé de la science du droit par les sciences sociales consiste alors à ne plus étudier les mises en forme juridiques pour elles-mêmes, mais comme des instruments au service d'une finalité sociale.

L'analyse des spécificités des mises en forme du droit est aussi au programme des grands théoriciens positivistes. L'idée n'est pas, comme chez Saleilles, de s'intéresser aux fonctions sociales de la mise en forme juridique mais, à l'inverse, de théoriser cette mise en forme pour et par elle-même. On retrouve au fondement de ce programme la répartition du travail scientifique définie par Max Weber entre le juriste et le sociologue (*supra*), prise au sérieux par les juristes, en particulier par Hans Kelsen et, dans son sillon, en France, par Charles Eisenmann. Discutant la distinction entre la science juridique du droit constitutionnel et la science politique, ce dernier relève que le juriste s'intéresse aux règles juridiques en les envisageant sous des formes systématiques et logico-déductives dans le but de construire, à partir d'elles, des théories strictement juridiques. Il apporte un éclairage sur l'objet qui va dans le sens de « l'approfondissement et de la précision technique »<sup>55</sup>. La science politique, au contraire, est appelée à s'occuper de faits politiques et d'institutions réelles. Elle apporte un éclairage sur l'objet qui va « dans le sens d'une synthèse la plus totale possible, tendant à la fois à embrasser la totalité des faits juridiques et, en outre, à les intégrer dans l'ensemble des faits sociaux »<sup>56</sup>. Si Charles Eisenmann a ainsi une idée précise des méthodes propres à chacune des disciplines, il n'est toutefois pas fermé à ce que, sans mélange des genres, un même chercheur puisse y recourir. Il relève en effet qu'une séparation tranchée n'est pas sans servir ceux qui

<sup>52</sup> R. SALEILLES, « Y a-t-il une crise de la science politique? », *op. cit.*, p. 11 ; voir aussi R. SALEILLES, « Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie », *RIE*, 1904, p. 423.

<sup>53</sup> R. SALEILLES, « Allocution », in H. BERTHÉLEMY *et alii.*, *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, Paris, V. Giard & E. Briere, 1911, p. 21.

<sup>54</sup> R. SALEILLES, « Y a-t-il une crise de la science politique? », *op. cit.*, p. 32.

<sup>55</sup> C. EISENMANN, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques », in *La science politique contemporaine*, UNESCO, 1950, p. 136, cité in J. HOUDE, B. LETTRE, « Droit public et science politique », *Les Cahiers de droit*, *op. cit.*, p. 78. ; voir aussi C. EISENMANN, « Droit constitutionnel et science politique », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* (1957), réédité in textes réunis par Ch. LEBEN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 511.

<sup>56</sup> C. EISENMANN, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques », *op. cit.*

accentuent et caricaturent au besoin l'étroitesse et le formalisme des juristes pour mieux justifier l'autonomie de la science politique en en faisant, « l'antithèse de la science du droit constitutionnel »<sup>57</sup>.

L'analyse des formes et de la structure du droit a, par la suite, également été placée au cœur du programme que Michel Troper confère à la théorie du droit. Ce programme permet non seulement de distinguer une théorie spécifiquement juridique d'autres types de théorisation du droit (sociologique, historique en particulier)<sup>58</sup>, mais aussi de faire le départ entre ce qui relève d'un discours de la science du droit et ce qui ressort de la dogmatique juridique. Sur ce dernier point, la ligne de partage est tracée, d'une part, par le critère fondamental du statut modal des propositions (propositions descriptives et explicatives pour la science du droit, propositions évaluatives voire prescriptives pour la dogmatique)<sup>59</sup>, et d'autre part, par la physionomie de l'objet d'étude. À la dogmatique l'analyse technique du contenu des normes et du droit applicable, à la théorie du droit l'analyse de la structure et des formes générales des ordres et des raisonnements juridiques<sup>60</sup>.

Les discours théoriques s'intéressant aux formes du droit peuvent alors rentrer dans des genres discursifs très différents, et notamment mobiliser de façon contrastée des outils logiques de reformalisation de leur objet. En France, à de rares exceptions près<sup>61</sup>, le recours aux outils logiques pour analyser le droit est loin d'atteindre le niveau de développement connu ailleurs, que ce soit en Pologne<sup>62</sup>, en Argentine<sup>63</sup>, en Italie<sup>64</sup> ou en Scandinavie. Chez Alf Ross par exemple, l'usage abondant de la logique permet non pas, comme le ferait des dogmaticiens, de sublimer des propriétés logiques du droit pour les parfaire mais, au contraire, de nourrir une approche critique. L'analyse logique des raisonnements et des constructions

<sup>57</sup> M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 243.

<sup>58</sup> Voir notamment, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994; *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 254 et s.

<sup>59</sup> M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., coll. Que sais-je?, 2011, p. 26 et s.

<sup>60</sup> M. TROPER, *op. cit.*, p. 66 et s.

<sup>61</sup> Voir notamment J. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ, 1964; *Logique des normes*, Paris, PUF, 1972; C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique. Initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF, 2001.

<sup>62</sup> Voir par exemple J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrechts, Kluwer Academic Publishers, 1992; « Paradigms of justifying legal decision », in A. PECZENIK, L. LINDHAL, B. VAN TOERMUND (eds.), *Theory of legal science*, Dordrecht-Boston, Reidel, 1984, p. 260 et s.

<sup>63</sup> C. ALCHOURRÓN, E. BULYGUIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*; voir aussi D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídicas y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010; J. P. ALONSO, « Principios implícitos y coherencia »: <http://www.unibocconi.eu/wps/wcm/connect/4eb2aeb8-d133-405d-940c-f48d15bb8e68/Alonso.pdf?MOD=AJPERES>.

<sup>64</sup> Voir par exemple, N. BOBBIO, « Logica giuridica (I) » et « Logica giuridica (II) », in *Contributi ad un dizionario giuridici*, Torino, Giappichelli editore, 1994, p. 103-155; P. CHIASSONI (ed.), *The legal ought*, Torino, Giappichelli editore, 2001.

conceptuelles qui se donnent à voir dans les énoncés juridiques permet de démontrer les limites et faux-semblant des inférences opérées<sup>65</sup>. Chez les analytiques italiens, la perspective est quelque peu différente. La logique, comme d'autres outils d'analyse du langage, servent à construire un discours scientifique rigoureux qui permette de formuler des propositions nécessairement vraies. De telle sorte, la vérité des propositions déployées par la science du droit au moyen des inférences logiques devient autonome par rapport à celles pouvant être effectivement réalisées au sein du langage objet. Elle ne dépend que de la rigueur des inférences effectuées et non d'une correspondance avec le monde empirique, à savoir, en l'occurrence, les inférences auxquelles il est procédé dans un ordre juridique considéré. Le décalage entre vérité logique et vérité empirique qui pourrait le cas échéant en résulter ne remet pas en cause cette première à partir de moment où aucune erreur de raisonnement n'est commise. Il permet de montrer, comme c'est le cas chez Ross, que les relations observables entre les normes d'un ordre juridique donné ou que les raisonnements juridiques effectivement suivis par les juges, n'obéissent pas souvent à la logique<sup>66</sup>.

En France, les analyses théoriques des formalismes juridiques présentent un aspect plus littéraire. Elles proposent des approches non formalistes du formalisme mais, ce, à des degrés divers.

Si, par exemple, le lexique narratif de Michel Troper ne fait pas usage des symboles de la logique formelle, ses travaux sont néanmoins structurés par le recours à des outils analytiques de classification, de décomposition et de distinction des significations conférées aux concepts juridiques. L'auteur adopte en outre une délimitation formaliste et positiviste de son objet d'étude. Il étudie le droit conçu comme ensemble de normes hiérarchisées, et plus spécifiquement sa structure, ses formes, ses modes d'interprétation.

À l'inverse, d'autres auteurs s'engagent dans des voies plus nettement affranchies de l'emprise formaliste. C'est en proposant un « bricolage » multidisciplinaire empruntant à la phénoménologie, à la linguistique et à l'herméneutique que Vincent Forray et Sébastien Pimont ont ainsi mené leur enquête sur les mises en forme juridique et les processus de transformation à l'œuvre dans le travail de description et de réécriture du droit<sup>67</sup>. D'autres ont investi les champs d'étude ouverts par la philosophie et la sociologie pragmatique. Vincent Réveillère s'est ainsi appuyé sur les travaux de Robert Brandom pour revendiquer une « approche

<sup>65</sup> Voir par exemple, A. ROSS, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 32.

<sup>66</sup> R. GUASTINI, « Sollsätze. An Exercise in Hard legal Positivism », in P. CHIASSONI (ed.), *The legal ought*, *op. cit.*, 2001.

<sup>67</sup> V. FORRAY, S. PIMONT, *op. cit.*, p. 78 et s.

non-formaliste des formes juridiques »<sup>68</sup> et procéder à une analyse « pragmatique des concepts juridiques »<sup>69</sup>, en l'occurrence celui de citoyenneté de l'Union européenne. La démarche conduit à considérer la définition des concepts objets de la recherche comme un résultat éventuel plutôt que comme un préalable nécessaire, et à concentrer l'enquête sur les pratiques conceptuelles des juges. Il s'agit alors de faire ressortir les usages différenciés des concepts que les juges construisent et mobilisent, forment et transforment à l'occasion des situations de controverse juridique dans lesquelles ils sont impliqués.

Un programme similaire a été plus largement ouvert pour rendre compte des formes qu'adoptent les interactions entre normes sociales, juridiques, coutumières ou encore standards économiques. Cherchant à penser les phénomènes de réception d'un mode de normativité à l'autre en associant les regards de la théorie du droit et de la sociologie pragmatique en particulier, l'enquête invite à dépasser les oppositions classiques entre le formel et l'informel, le droit et l'infra-droit, l'officiel et l'officieux. Le droit devient en conséquence un mode de normativité mettant en forme des prétentions, des attentes ou des revendications dont il s'agit d'analyser les caractéristiques spécifiques par rapport à d'autres modes de normativité. Celles-ci ne sont pas posées ou stipulées *a priori*. Elles sont appréhendées à partir des mobilisations normatives des acteurs tout spécialement dans des contextes de controverses ou de revendications<sup>70</sup>.

\*\*\*

Au terme de cette enquête, nous formulerons l'hypothèse que l'idée de formalisme juridique en France a été engluée dans une tension surdéterminée par des appréciations concurrentes de la fonction sociale tant du droit que de la science du droit, quand ces deux niveaux de langage ne sont pas tout bonnement confondus. Le formalisme du droit est valorisé lorsqu'il est associé à une fonction de sécurisation des situations individuelles et collectives. Il est dévalorisé dès lors qu'il est considéré couper le droit de la vie sociale en l'immobilisant ou l'ignorant. S'agissant de la science du droit, le formalisme est en France, contrairement à d'autres États, rarement valorisé. S'il peut être associé à un esprit de rigueur, il

<sup>68</sup> V. RÉVEILLÈRE, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Collection Thèses, 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 460.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 7 et s.

<sup>70</sup> Voir le dossier thématique « Modes de normativité et transformations normatives : de quelques cas relatifs aux droits et libertés », *Revue des droits de l'Homme*, 16/2019, <https://journals.openedition.org/revdh/6328>, également publié en format papier, V. CHAMPEIL-DESPLATS, L. THÉVENOT, J. PORTA (dir.), *Modes de normativité et transformations normatives : de quelques cas relatifs aux droits et libertés*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2020.

est le plus souvent considéré comme un facteur de dessèchement de la pensée juridique et de déconnexion avec le réel ou le monde social.

Le défi pour la recherche juridique contemporaine est très certainement de dépasser ces visions *pro* et *contra*. En prenant au sérieux l'idée que le droit est une mise en forme normative spécifique du monde social créant ses formalismes, c'est-à-dire ses propres rapports à cette mise en forme, de riches terrains de recherche s'ouvrent aux juristes. Sur le plan théorique, il pourra s'agir d'étudier les formalismes spécifiquement générés par les mises en forme juridiques, en s'aidant, à un degré que chacun jugera utile et pertinent, des outils méthodologiques et conceptuels d'autres sciences sociales. Car, sur le plan épistémologique, réflexion peut précisément être menée sur les outils pertinents pour analyser les formalismes juridiques. On l'a vu, l'enquête peut être conduite sur un mode lui-même formaliste qui recourt à un appareil méthodologique empruntant à la logique et étudie les formes du droit en elle-même et pour elle-même. Elle peut aussi s'engager dans des voies plus littéraires ou pragmatiques construisant alors des récits non-formalistes sur les formalismes juridiques.

# ENSEIGNER UN FORMALISME INQUIET

---

## REMARQUES SUR LA PLACE DU FORMALISME DANS L'ENSEIGNEMENT DU DROIT

Sébastien PIMONT

*Professeur des universités à Sciences Po (Paris)*

**Abstract:** *In what follows, I would like to discuss the place of «formalism» in the teaching of law. In order to do so, a few clarifications are in order: speaking of legal education, I will mention the only questions raised by the programs (what is taught) and the pedagogy (how is taught) used to train future jurists.*

### 1.

Dans les lignes qui suivent, j'aimerais discuter de la place du « formalisme » dans l'enseignement du droit. Afin d'y parvenir, quelques précisions s'imposent : parlant d'enseignement du droit j'évoquerai les seules questions posées par les programmes (ce qu'on enseigne) et la pédagogie (comment on enseigne) employés pour former des futurs juristes.

Je ne traiterai donc pas de l'enseignement populaire du droit ni de l'enseignement du droit à destination d'autres étudiants, ni même directement de l'enseignement du droit dans les écoles professionnelles. Même ainsi réduit, la question de l'enseignement est complexe. Afin d'y répondre, il faut affronter un certain nombre de controverses. En vrac : faut-il enseigner un droit global ou local ? Faut-il privilégier une approche théorique ou professionnaliser la formation des futurs juristes ? Est-il opportun de spécialiser les étudiants ou doit-on leur inculquer la connaissance des seuls principes fondamentaux ? Doit-on aussi enseigner ce qu'on nomme les « *soft skills* » en plus de la connaissance du droit ? Par ailleurs et quelle que soit la façon dont ces contradictions sont réduites, un tel sujet peut être saisi d'une façon très concrète, en relatant des expériences ou plus théoriquement, en s'interrogeant aussi sur le ou les « modèle(s) intellectuel(s) » qui habite(nt) parfois silencieusement nos conceptions et nos pratiques. C'est ce second chemin que je suivrai.

Ceci posé, la principale difficulté pour définir mon sujet vient d'ailleurs. Elle tient à l'appréhension du « formalisme ». Ses origines rendent l'exercice périlleux. Liée à la forme (à ce qui concerne la forme, le formel), l'ambiguïté de ce dernier mot invite à la circonspection. Et puis, au delà de l'étymologie, de quoi veut-on parler ? Est-ce la philosophie de la connaissance qui nous intéressera ? La

philosophie des sciences? La pédagogie? La sociologie? La morale? La logique ou, pourquoi pas, les mathématiques? Et dans le seul domaine des sciences du droit, veut-on évoquer le droit civil positif? La *Common Law*? La théorie du droit? Le pandectisme? Afin de limiter mon propos, conformément au programme du colloque, je n'envisagerai que la question du « formalisme juridique » dans ses liens avec l'enseignement du droit. Ce qui est déjà beaucoup.

Partant, insister sur les liens unissant éducation et formalisme juridique ouvre au moins deux perspectives différentes et complémentaires. La première est historique. Et consiste à interpréter la formalisation du droit comme un phénomène qu'expliqueraient les nécessités de son enseignement. Enseigner le droit suppose, en mobilisant la force de la logique, de réduire l'expérience de la justice, c'est-à-dire une pesée des intérêts réalisée au cas par cas, en un système rationnel. La formation des juristes a besoin de la formulation de catégories réduisant la réalité; elles deviendront les formes de l'entendement juridique; et se couleront dans un formalisme destiné à être étudié puis remâché (nous pourrions dire actualisé ou réalisé) pour chaque cause. Afin d'éclairer le lien unissant éducation des juristes et formalisme juridique, il est possible d'emprunter un autre chemin en faisant référence à la pensée juridique comparée. Il consiste à opposer le formalisme au réalisme. Les questions d'éducation juridique sont depuis quelques années en effet discutées en mobilisant une controverse étasunienne et ancienne opposant, notamment à propos de l'enseignement du droit, « réalisme et formalisme »; une division en forme de mythe: le réalisme serait une révolte contre le formalisme. Le formalisme (ou la méthode formaliste ou le droit formel) se définissant ici comme l'envers d'une approche politique ou empirique ou sociologique ou encore économique du droit.

## 2.

Dans tous les cas, lorsqu'on parle de formalisme juridique, on désigne l'objet même de l'enseignement. Ainsi, d'une façon générale, pour le professeur Rosenfeld, dans le contexte étasunien, une théorie juridique est formaliste lorsqu'elle prétend que:

« Quelque chose d'interne au droit, et non pas certaines normes ou procédures extra-juridiques, détermine les rapports juridiques et sert à séparer ces derniers des rapports sociaux non-juridiques de même que des rapports politiques »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Les interprétations justes*, trad. G. Warland, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2000, p. 39

Ce « quelque chose d'interne au droit » correspond bien à un objet (une matière, un savoir, une technique) enseigné dans les Facultés de droit et pratiqué devant les tribunaux. C'est, je crois, une chose proche de ce que Carbonnier nomme le « droit dogmatique »<sup>2</sup>; c'est-à-dire, pour une large part, un droit de professeur. Un droit qui, pour reprendre les mots de Max Weber, est « rationnel » et « formellement logique ». Et qui ainsi précisément, mais à l'extrême, pourrait fonctionner hors toute considération économique et sociale<sup>3</sup>. L'enseignement du formalisme juridique est ainsi celui qui, dans l'étude des phénomènes du droit (normes, décisions), conduit à *systématiquement* privilégier l'élément technique sur l'élément politique.

Partant, il est encore possible d'enrichir notre compréhension du formalisme juridique enseigné aux futurs juristes. Comme le relève la professeure Véronique Champeil-Desplat dans sa *Méthodologie du droit et des sciences du droit* l'expression « formalisme » est ainsi susceptible d'avoir de très nombreux sens dans la science juridique. Certains conviennent parfaitement pour désigner l'objet de l'enseignement dispensé dans les facultés de droit. Ainsi, le « formalisme » s'entend d'« un mode de définition ou de délimitation de l'objet d'analyse »: le droit positif saisi d'une façon plus ou moins décontextualisé. C'est encore une méthode de raisonnement: « une façon de reconstruire et présenter les normes juridiques » grâce aux « outils de la logique ». Du fait de l'application de celle-ci, partant de l'idée selon laquelle l'ordre juridique doit être cohérent et complet, le formalisme désigne aussi l'application de « l'enchaînement de raisonnement logique » afin de « trouver une solution pour tout cas » ou pour interpréter (en adoptant un point de vue systématique) les énoncés juridiques. Il peut encore signifier l'application d'un raisonnement logique afin d'appliquer le droit aux faits (syllogisme)<sup>4</sup>.

Bref, il me semble possible d'avancer qu'enseigner le « formalisme juridique » s'entend de la transmission d'une méthode de compréhension d'un objet précisément défini. Qu'il s'agit aussi une technique de mise en forme de cette connaissance, l'une faisant corps avec l'autre. Il y a là deux sortes de compétences (l'une d'ordre herméneutique; l'autre d'ordre rhétorique<sup>5</sup>) permettant de dire ce qu'est le droit et autorisant, lorsqu'elles sont acquises, à propos de cet objet, à écrire et parler comme un juriste. De ce point de vue, on peut soutenir que l'organisation des enseignements dans les facultés concourt à la transmission de telles capacités: les travaux dirigés servant à mettre en œuvre le langage utilisé

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 204, p. 16

<sup>3</sup> J. GROSCLAUDE, « Introduction », M. WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, Quadrige, 2007, p. 20-21

<sup>4</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2014, n° 59

<sup>5</sup> Je me permets de renvoyer à V. FORRAY et S. PIMONT, *Décrire le droit... Et le transformer, Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017, n° 312 et s. (à propos du processus de l'énonciation juridique).

lors des cours magistraux portant sur un objet précisément défini : le droit en vigueur en France<sup>6</sup>.

Sans entrer ici dans les détails (même si ce n'est pas lieu pour le faire, cela serait toutefois nécessaire afin d'éviter les approximations), nous inclinons à penser qu'ainsi défini le formalisme est très proche de ce qu'on désigne parfois par l'expression de « dogmatique juridique »<sup>7</sup>. Et qu'il s'agit d'un élément *primordial* de ce qu'on nomme la « méthode doctrinale »<sup>8</sup> ou l'activité « dogmatico-doctrinale »<sup>9</sup>.

### 3.

L'un des intérêts de notre sujet tient au fait qu'en matière d'enseignement du droit, une vigoureuse critique du formalisme semble aujourd'hui à l'œuvre. Et qu'elle a déjà été le moteur d'innovations pédagogiques et parfois la cause de controverses. S'agissant d'enseignement du droit, nous sommes probablement en train de vivre un moment particulier, un peu à la façon dont les historiens du droit ont évoqué un « moment 1900 ». Bien sûr, il est difficile de saisir l'air du temps. Disons, pour ne pas rendre le risque de forcer le trait, que la critique actuelle du formalisme dans l'enseignement du droit prend plusieurs visages. L'un d'eux tient au projet intellectuel mis en œuvre par l'École de droit de Sciences Po<sup>10</sup>. Il repose précisément sur une volonté de ne plus faire coïncider formation des juristes et « modèle doctrinal »<sup>11</sup>. Un tel modèle, construit au début du xx<sup>e</sup> siècle, a pourtant des avantages. Le principal est d'apaiser l'angoisse née de la question de l'interprétation, « qui submerge » toujours « le monde des juristes »<sup>12</sup>. Ce qui n'est pas rien ! Offrant pour cela à la dogmatique la première place, ce modèle donne aux professeurs de droit la possibilité d'exercer un « magistère intellectuel sur la totalité

<sup>6</sup> À ce propos, relativement à l'utilité des conférences (ancêtres des travaux dirigés) v. la préface qu'Henri Capitant donne aux *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1927, p. ix : « il faut d'abord leur apprendre la langue du droit, ses termes techniques, ses formules spéciales, son style bref et concis, ses dictons. Pour assimiler cette langue, il ne suffit pas de l'entendre parler et de la lire, il est nécessaire de la parler sous la direction du maître et de l'écrire ».

<sup>7</sup> En ce sens, comme l'écrit la professeure Champeil-Desplat, le formalisme, « dans ses diverses dimensions et à des degrés plus ou moins prononcés », « caractérise » « la construction de la dogmatique juridique conçue comme science » V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2014, n° 59

<sup>8</sup> Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 293

<sup>9</sup> A. JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 191

<sup>10</sup> Afin de le décrire, j'utiliserai l'ouvrage intitulé *La cuisine du droit (L'École de droit de Sciences Po : une expérimentation française)*, LGDJ, 2012) dans lequel son auteur, le professeur Jamin, relate les motifs et l'expérience de la création de l'École de droit de Sciences Po.

<sup>11</sup> Ch. JAMIN, *La cuisine du droit*, préc., p. 61 et la note n° 44

<sup>12</sup> Ch. JAMIN, *La cuisine...*, préc., p. 154

des juristes »<sup>13</sup>. Ce faisant, ils disposent aussi des moyens de les évaluer en utilisant la dogmatique comme étalon. Par le même geste, les sciences sociales sont reléguées aux marges des enseignements destinées aux juristes. Et l'on peut déterminer facilement ce qu'est le programme d'étude : afin de connaître le droit en vigueur, il faut en étudier toutes les branches (droit civil, droit administratif, droit pénal...)<sup>14</sup>.

Menée à partir de la rue Saint-Guillaume, la critique d'un tel modèle est d'abord intellectuelle – il s'agit de se « détacher du modèle doctrinal ». Se nourrissant d'une culture étasunienne, de nombreuses comparaisons, s'inspirant aussi de l'œuvre des « rénovateurs de la pensée juridique française » de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle, l'une de ses cibles est précisément le formalisme<sup>15</sup>. À ne considérer que ce point (en taisant donc certains éléments du projet de l'École de droit qu'il ne me revient pas ici de présenter) la critique du formalisme appelle les idées suivantes. La définition du droit qu'il désigne, occidentale et positivement lié aux États-nations, apparaît insuffisante à l'heure de la globalisation. De plus, l'abstraction du raisonnement qu'il commande est contestée en prenant notamment en compte l'idée selon laquelle le droit est aussi *une décision* – qu'il doit donc être saisi dans son application, dans ses modalités d'existence. Pour cela, les conséquences factuelles de l'utilisation des catégories et des principes méritent être interrogées comme devraient l'être aussi (lorsque cela se peut) les motifs et les déterminations de la volonté de ceux qui sont habilités à prendre une décision ou qui y concourent. Ainsi passe-t-on, dans l'enseignement du droit, d'une conception formaliste à une approche instrumentale : la technique (n'est) qu'une contrainte, parmi d'autres. Ainsi favorise-t-on aussi un certain type d'enseignements, plus pratiques (ex. les cliniques juridiques), ouverts à d'autres savoirs (le droit est un élément avec d'autres, dans la stratégie des acteurs) et dont la pédagogie n'a pas à être associée au cours magistral (idéal afin de transmettre le droit dogmatique<sup>16</sup>).

Par ailleurs, la critique du formalisme tient aujourd'hui à une évolution générale des idées dans le champ académique. De nombreux travaux de théorie et d'histoire de la pensée juridique se sont saisis de la question (et des critiques adressées) au formalisme. De plus, dans la pratique académique même, la distinction théorie juridique / pratique du droit n'est plus aussi marquée qu'elle pouvait l'être naguère. Sur ce point, la professionnalisation des cursus a eu logiquement des effets sur l'enseignement. Les stages et le recours à l'alternance, favorisés par les autorités universitaires, permettent un large apprentissage de nature clinique. Au surplus, un grand nombre d'enseignements pratiques sont, en 2<sup>e</sup> année de master,

<sup>13</sup> *Op. cit., eod. loc.*

<sup>14</sup> Sur tous ces points, v. Ch. JAMIN, *op. cit.*

<sup>15</sup> Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 165

<sup>16</sup> Sur ce point, je m'autorise à renvoyer à V. FORRAY et S. PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer, Essai sur la écriture du droit*, Dalloz, 2017, n° 349, p. 292

assurés par des praticiens. En résultat, dans l'esprit des étudiants, le formalisme est concrètement tempéré par la prise en compte des conditions concrètes de détermination et d'application des normes. Et dans un grand nombre de formations (notamment en droit de l'entreprise), une conception instrumentale du droit (le droit est un outil au service d'une stratégie) est inculquée à des étudiants qui parfois n'en peuvent mais. Enfin, dans la décennie qui vient de s'écouler, un grand nombre de doctorants, de maîtres de conférences et de professeurs de droit se sont saisis avec force de la question de l'enseignement du droit afin d'en faire un objet de controverses et de savoir. Ce faisant, naturellement, la question du formalisme a logiquement été débattue.

#### 4.

En dépit des nuances qu'il faudrait évidemment exprimer, un tel tableau suggère une interprétation. On pourrait penser que, dans l'enseignement du droit, deux modèles se font face : l'un conservateur et dogmatique et l'autre, progressiste, plutôt réaliste et critique. Qu'ainsi, une opposition irréductible existe, reposant précisément sur la place du formalisme. Et qu'à l'extrême, il serait peut-être possible de se passer de ce dernier dans l'enseignement du droit. Une telle opposition – qu'on m'excusera de présenter si simplement – pêche par sa radicalité. Au vrai, dans l'enseignement du droit, il est aujourd'hui difficile de se dispenser d'une initiation au formalisme. Et cela pour une raison simple : il s'agit du langage employé par les tribunaux, les administrations ou pour rédiger un contrat. Savoir ce qu'est le droit dont parlent les juristes, le comprendre et exprimer sa volonté en se faisant comprendre de ces derniers, suppose de maîtriser la technique juridique. Il faut donc apprendre aux étudiants à mobiliser cette langue (c'est-à-dire un système de formes) et à la pratiquer : être capable de procéder à des actes d'énonciation dont le but est la communication par le canal de l'écrit ou celui de l'oral de l'interprétation d'un énoncé relevant du droit. Dit plus simplement, il faut inculquer les *rudiments* du formalisme aux étudiants – leur apprendre le langage juridique de base<sup>17</sup>.

Mais d'un autre côté, cela ne veut pas dire qu'il faille laisser à ce type d'enseignement toute la place. Et cela pour plusieurs raisons. Certaines sont évidentes. Le but qu'on assigne à l'enseignement y a sa place. S'il s'agit de former à l'application du droit (un droit en action) et pas simplement à sa seule connaissance (un droit en théorie), un rapport fonctionnel s'établit entre le formalisme juridique et l'éducation des futurs juristes. Le premier est un objet parmi d'autres à enseigner. Le formalisme sert, sous le régime de véridiction dogmatique, à dire

<sup>17</sup> Ce qui est par exemple fait lors de la 1<sup>re</sup> année à l'École de droit de Sciences Po

et à écrire ce qu'est le droit, certes. Il doit donc être étudié. Mais son intérêt tient au fait qu'il concourt au processus de décision – et son autorité ne tient qu'à la mesure de ce concours. Il n'est donc vraiment pas possible de n'enseigner que lui alors que d'autres éléments rentrent dans la fabrique du droit. Et cela même s'il existe, dans l'économie de l'enseignement du droit en France, des écoles professionnelles qui se chargent de délivrer des enseignements pratiques.

D'autres raisons peuvent convaincre de concevoir une compénétration de l'apprentissage du formalisme juridique avec d'autres enseignements. La comparaison des pratiques en est une. Elle autorise à concevoir une modélisation d'expériences menées dans différentes facultés de droit<sup>18</sup>. Et ainsi, par un choc en retour, à penser notre propre posture pédagogique – ce que nous faisons et imaginons aller de soit sans ne jamais y avoir réfléchi - exemple : distinguer cours magistraux et travaux dirigés et ne pas imaginer la possibilité d'enseigner le droit autrement que selon ce modèle binaire. Elle autorise aussi, dépassant les limites nationales, à comparer, à la suite de Max Weber<sup>19</sup>, des modèles d'enseignement du droit et à mesurer la relativité de nos pratiques. C'est-à-dire tout à la fois celle de l'objet enseigné et des façons dont on l'enseigne – en se posant par exemple la question de savoir quelle est la place de l'enseignement socratique dans l'éducation juridique. Or, une telle comparaison peut conduire à douter de la centralité – ou au moins de l'exclusivité – que l'enseignement du formalisme doit avoir dans le cursus de formation des futurs juristes et à imaginer de nouvelle pratique (exemple : les cliniques juridiques ; l'application de la méthode des cas).

On peut encore choisir une autre voie, plus philosophique. Et afin de justifier la place du formalisme dans l'enseignement du droit partir de la liberté des étudiants – des futurs praticiens du droit. Point de départ raisonnable alors qu'il s'agit de réfléchir à leur éducation, c'est-à-dire à la mise en œuvre d'une discipline<sup>20</sup>. Le formalisme est alors un dispositif instruisant leur liberté. On pourrait aussi dire, en jouant sur les mots : un dispositif qui informe leur liberté, c'est-à-dire qui l'instruit et lui donne forme<sup>21</sup>. Mais qui pour autant ne saurait la

<sup>18</sup> M. FLORES-LONJOU, C. LARONDE-CLÉRAC et A. LUGET, *Quelle pédagogie pour l'étudiant juriste ? Expérimentations, modélisations, circulation*, Bruylant, 2012

<sup>19</sup> M. WEBER, *Sociologie du droit, introduction et traduction J. Grosclaude*, Quadrige, PUF, 2007, p. 142 s.

<sup>20</sup> E. KANT, *Réflexions sur l'éducation*, traduction, introduction et notes A. Philonenko, J. Vrin, 1989, p. 70 s.

<sup>21</sup> On songe alors au professeur Schiavone qui expliquait comment la naissance de la science juridique romaine avait eu pour effet de « confier » les « actes de volonté des pouvoirs constitués [...] à la syntaxe rigoureuse et impersonnelle d'actes abstraits de connaissances » v. A. SCHIAVONE, *IUS – L'invention du droit en Occident*, Belin, Paris, 2008, p. 258

faire disparaître. À moins d'effacer le principe même de la décision à laquelle le juriste concourt et qui suppose, par définition, la possibilité de décider<sup>22</sup>.

## 5.

Partant, ce qu'indique l'opposition évoquée plus haut entre « formalisme et réalisme » (mais aussi entre « sciences et technique », entre « dogmatisme et scepticisme », entre « doctrine et sciences ») n'est pas la nécessité, au nom d'un anti-formalisme, de supprimer le formalisme du programme d'enseignement du droit mais plutôt celle de l'enseigner en même temps que (qu'on administre) son « antidote »<sup>23</sup>, c'est-à-dire autre chose que lui : une approche plus réaliste du droit (exemple : une interprétation politique du droit des contrats), enseigné autrement (exemple : en recourant à une « pédagogie inversée ») ; le second étant en quelque sorte « la contrepartie », un discours à la fois « partenaire et adversaire » du premier<sup>24</sup>. Il s'agit donc de mettre en pratique un projet d'éducation juridique *critique*. C'est-à-dire un projet qui, faisant prendre conscience des déterminations et des conséquences factuelles et morales des choix en apparence technique fait par les juristes chaque jour, *encourage* une pratique ou une « attitude critique »<sup>25</sup>.

Pour emprunter les mots de Foucault définissant la critique, une telle attitude est à la fois « morale et politique », c'est une « manière de penser »<sup>26</sup>. Elle pourrait consister à *décider* de ne pas laisser complètement *gouverner* son activité juridique par le formalisme<sup>27</sup> – ce qui corrélativement laisse penser que le formalisme est une « technique de gouvernement » des décisions juridiques<sup>28</sup>. Cela suppose du courage. Il s'agit, en un sens, d'adopter une attitude vertueuse – ce qu'est

<sup>22</sup> On peut décider ce qui est décidable, ce dont on peut délibérer, ce qui dépend de nous v. ARISTOTE, *Éthique à Euème, Œuvres Éthiques, Politique, Rhétorique, Poétique, Métaphysique*, NFR, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, II, 1226 a, p. 302

<sup>23</sup> À propos de l'enseignement du droit comparé, de l'histoire et de la sociologie juridique : « Auxiliaire ? l'expression n'est pas très heureuse, si elle doit faire songer à quelque mission de renforcement, alors que la réalité est tout inverse. Plutôt que sciences auxiliaires, c'est de sciences antidotes qu'il conviendrait de les qualifier – antidote au droit dogmatique » v. J. CARBONNIER, « L'esprit sociologique des facultés de droit », in *Écrits, textes rassemblés par R. Verdier*, PUF, 2008, p. 950

<sup>24</sup> À propos des « arts de gouverner » : M. FOUCAULT, *Qu'est-ce que la critique ? suivi de La culture de soi*, Vrin, Philosophie du présent, 2015, p. 37

<sup>25</sup> M. FOUCAULT, *Qu'est-ce que la critique ? suivi de La culture de soi*, Vrin, Philosophie du présent, 2015, p. 58

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 37

<sup>27</sup> La question de Foucault est « comment ne pas être gouverné comme cela, par ceux-là, au nom de ces principes-ci, en vue de tels objectifs et par de tels moyens, de tels procédés, pas comme ça, pas pour ça, pas par eux ? » : *op. cit.*, p. 37

<sup>28</sup> Sur ce point je me permets de renvoyer à V. FORRAY et S. PIMONT, « « En partant de la "gouvernementalité libérale", deux interprétations du droit », in *Foucault face à la norme*, Mare & Martin, 2020 (à paraître)

la critique<sup>29</sup>. Il s'agit encore de *décider* d'être autonome. Ce qui peut évidemment consister dans le fait d'appliquer, en *décidant* de le faire, une règle à la lettre, dans le fait de mettre en œuvre, dans sa simplicité calculable, la méthode dogmatique.

Ainsi, l'enseignement du droit aurait pour objectif de permettre au juriste de nourrir ou d'encourager une telle attitude: d'aider à prendre la décision de n'être pas gouverné. Un tel argument est connu de la science du droit. Cette volonté consiste, si l'on veut, à vouloir être « plus qu'une machine » (Kant), à échapper à ce que la dogmatique peut engendrer: la transformation redoutée du juriste en un « automate » (Max Weber). Mais en même temps, elle consiste à reconnaître l'impossibilité de nier complètement le *Logos* qui s'applique afin de dire le droit, ainsi que l'autorité qui s'attache à son utilisation – afin de définir précisément ce que doit dire, écrire, faire et être celui qui a le pouvoir de dire le droit. Grâce à quoi, tout en étant calculable, gouvernable, toute décision en droit peut donc aussi être incalculable – parce qu'elle est le reflet d'une « attitude critique » des juristes qui y concourent. Ainsi retrouverait-on, dans l'activité de chaque individu juridiquement éduqué, un processus n'ayant pas de fin: une critique du formalisme sans cesse à recommencer. Et qui semble ne jamais devoir cesser – au nom de l'équité, de l'intérêt public, des intérêts privés ou même du sentiment du droit. Au point qu'elle semble faire corps avec lui et être caractéristique de l'état du droit, comme un *processus infini* de formalisation et de mise en cause du formalisme. Cette contradiction, répétée sans cesse, nous habite tous. Elle a peut-être quelque chose à voir avec la justice<sup>30</sup>.

En somme, s'agissant de l'enseignement du formalisme, chaque juriste devrait peut-être recevoir une éducation juridique bivalente – presque ambiguë<sup>31</sup>. Bien sûr, on attendra qu'il joue son rôle, qu'il ait l'esprit de sérieux<sup>32</sup>. Et donc qu'il fasse des choix conformes à ceux que ferait un bon juriste: celui dont la décision sera gouverné par le formalisme, qu'il doit donc connaître. *Mais en même temps*, parce que le droit n'est jamais neutre, chaque juriste devrait disposer, grâce à l'éducation qui lui est prodiguée, des moyens d'être inquiets des conséquences de ses propres décisions lorsqu'elles résultent de l'application du formalisme. Une telle *inquiétude* porte sur les limites de la connaissance juridique, sur l'outre droit.

<sup>29</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 35 et 41

<sup>30</sup> V. J. DERRIDA, *Force de loi*, Galilée, 1994, p. 51: « bref pour qu'une décision soit juste et responsable, il faut que dans son moment propre, s'il y en a un, elle soit à la fois réglée et sans règle, conservatrice de la loi et assez destructrice et suspensive de la loi pour devoir à chaque cas la réinventer, la re-justifier, la réinventer au moins dans la réaffirmation et la confirmation nouvelle et libre de son principe ».

<sup>31</sup> Ce qui peut être fait au sein d'un seul et même enseignement. Au lieu d'additionner les cours de natures différentes dans un curriculum (formalistes puis réalistes), chaque cours d'une formation donnée présente plusieurs approches (formaliste + réaliste)

<sup>32</sup> H. ARENDT, *L'existentialisme français*, Rivages poche / Petite Bibliothèque, Paris, 2002, p. 78

C'est une angoisse qui, sans cesse, doit ainsi porter à aller vers le dehors. C'est-à-ce prix, qu'il est possible de disposer du *pouvoir* de décider d'être, pour partie, un *étranger* à son propre monde – de refuser de jouer le jeu<sup>33</sup>. C'est ainsi qu'il est possible d'assumer les décisions auxquelles chaque juriste concourt<sup>34</sup>. Au final, sans trop étirer le rapport de causalité allant de l'école au palais, il est possible qu'une telle responsabilité soit aussi celle des professeurs.

---

<sup>33</sup> À propos de l'esprit de sérieux, v. les références à Sartre et à Camus de H. Arendt, précité, p. 79

<sup>34</sup> À propos d'un lien entre la formalisation du droit et l'éthique, je me permet de citer V. FORRAY et S. PIMONT, *Essai sur la déécriture du droit*, précité, sp. n° 403 s., p. 342 s.

# LES RACINES THÉOLOGIQUES DE L'ANTIFORMALISME EN DROIT

---

Stefan GOLTZBERG

*Chercheur FNRS, Université Libre de Bruxelles*

**Abstract:** *The influence of Christianity on Western law is deep and diverse. In legal interpretation, the Christian influence should be described as antiformalistic, that is, as being flexible and taking into account the reason behind the rule when applying the law. This paper dates this Christian antiformalism to the Prophets of the Hebrew Bible (as shared by Jews and Christians) as well as to the Gospel and Paul's letters. Later examples are also taken into account, such as Luther, Calvin and the Jesuits. The antiformalist leanings transform at times into an antilegal (or antinomian) condemnation of the law. There is a tension in Christian history between antiformalist principles that feature in any legal culture and the antilegal stance close to the heresies that reject the Ancient Testament.*

Cette contribution vise à tracer sommairement les racines théologiques de l'antiformalisme en droit européen<sup>1</sup>. Il s'agira de montrer que certains éléments théologiques sont sinon la cause unique, du moins le ferment d'un antiformalisme au sein du droit. L'antiformalisme s'oppose au formalisme<sup>2</sup> et dénonce tantôt l'aspect *trop formaliste* (antiformalisme), tantôt, plus profondément, le droit en tant que droit (antijuridisme). Il convient dès lors de procéder à une triple distinction.

1. La notion de formalisme désigne au moins deux choses : le formalisme est (1) le principe en vertu duquel une formalité est exigée par la loi pour la validité d'un acte juridique ; ce principe s'oppose au consensualisme – qui, en droit français, est la règle<sup>3</sup> – et (2) le formalisme en interprétation juridique consistant à « considérer la *forme* d'une règle comme ayant plus de valeur que son objectif premier ou encore à accorder plus d'importance à la forme de la règle qu'au fait de parvenir, tout bien considéré, au meilleur jugement possible dans un cas et un contexte précis<sup>4</sup> ». Autrement dit, le formalisme fait primer

---

<sup>1</sup> Je tiens à remercier pour leur relecture exigeante et bienveillante Raphaël Ettetdgui, Christophe Gurnicky, Ishti Hayyekara et Ephraïm Kahn.

<sup>2</sup> Les critiques du formalisme en droit versent souvent dans le sophisme de l'homme de paille. Voir B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide. The role of politics in judging*, Princeton University Press, Princeton et Oxford, 2010.

<sup>3</sup> F. ROUVIÈRE, *Le droit civil*, Puf, « Que Sais-je ? », Paris, 2019, p. 35-36.

<sup>4</sup> F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, traduit de l'anglais par Stefan Goltzberg, Dalloz, Rivages, 2018, p. 31.

la formulation de la règle sur le but poursuivi par celle-ci. Ces deux acceptions de formalisme sont suffisamment indépendantes pour être traitées séparément. En l'occurrence, dans ce texte, il sera question à titre principal du formalisme au sens de l'interprétation du droit – nous ne mentionnerons que brièvement le formalisme des actes juridiques.

2. L'antiformalisme n'est pas l'antijuridisme<sup>5</sup> : si l'antijuridisme suppose un antiformalisme, on peut toutefois se présenter comme un *juriste* antiformaliste, c'est-à-dire un juriste rejetant une application des règles trop indifférente au but poursuivi par la règle ou au meilleur jugement possible. En effet, alors que l'antijuridisme – ou antinomisme – est une attitude rejetant le droit en tant que tel, l'antiformalisme est, lui, une tendance qui existe également au sein des courants doctrinaux, c'est-à-dire *au sein du droit*. Il y aurait lieu d'étudier les racines théologiques et religieuses de l'antijuridisme<sup>6</sup>, notamment en se fondant sur la gnose marcionite, laquelle rejetait tout bonnement l'Ancien Testament. Nous nous concentrerons ici sur l'influence plus ou moins diffuse de positions théologiques sur l'antiformalisme interne au droit. Tout le Nouveau Testament est traversé par cette tension. Certains versets plaident contre le formalisme du droit pharisien (droit certes formaliste mais pas aussi caricatural que ses descriptions polémiques), d'autres semblent aller jusqu'à une critique du caractère juridique de la lecture pharisienne de la Bible hébraïque. Ces deux tendances ne sont pas forcément contradictoires, car elles s'adressent peut-être à différentes personnes : l'antiformalisme s'adressant selon certaines lectures aux Juifs convertis au christianisme (et continuant à pratiquer la loi juive) et l'antijuridisme aux païens convertis<sup>7</sup>. La contradiction serait ainsi levée : une critique de la manière d'appliquer la loi pour les uns et, pour les autres, un abandon pur et simple de la loi.
3. Les religions abrahamiques (judaïsme, christianisme, islam) peuvent être classées en religions juridiques et non-juridiques<sup>8</sup>. Les premières incluent le judaïsme et l'islam, tandis que le christianisme est dans

<sup>5</sup> B. BARRET-KRIEGEL, *L'État et les esclaves. Réflexions pour l'histoire des États*, Payot, « Petite Bibliothèque Payot », Paris, 1989, Deuxième partie, chapitre III, « Antijuridisme », p. 189-203.

<sup>6</sup> On pourrait éventuellement distinguer le rejet de tout droit (antinomisme) et le rejet de la lecture juridique de la Bible hébraïque (antijuridisme).

<sup>7</sup> C. HAYES, *What's Divine about Divine Law? Early Perspectives*, Princeton University Press, Princeton et Oxford, 2017, chapitre IV.

<sup>8</sup> Nous ne nous intéresserons ici qu'aux religions se réclamant d'Abraham. L'appellation « abrahamique » est dès lors plus adéquate que « monothéiste », puisqu'il existe des religions monothéistes ne se réclamant pas du patriarche. Il ne sera du reste guère question de l'islam dans ces pages. Nous n'évoquerons que le judaïsme et (surtout) le christianisme, en raison de leur base scripturaire commune – la Bible hébraïque.

une large mesure une religion non-juridique. Si l'idée selon laquelle le judaïsme et l'islam sont bel et bien des religions juridiques ne posera pas de problème à quiconque est ne fût-ce que vaguement informé, le terme « non-juridique » appliqué au christianisme mérite explication, puisque, à première vue, le christianisme *contient* du droit. D'une part en effet, le canon chrétien des Écritures inclut l'Ancien Testament<sup>9</sup>, lequel comprend de nombreux versets juridiques. D'autre part, l'existence du droit canonique semble mettre à mal l'idée que le christianisme serait dépourvu de droit. Ces deux objections peuvent être surmontées. En ce qui concerne la première objection, les versets juridiques de l'Ancien Testament font effectivement partie du canon chrétien, mais la lecture qui en est faite n'est pas (ou seulement très partiellement) juridique. En effet, même en admettant que Paul de Tarse ait voulu continuer à imposer aux Juifs le respect des commandements, il semble clair que pour ce qui est des Chrétiens issus du monde païen, les règles de droit régissant la vie des Israélites, notamment les nombreuses règles alimentaires, la circoncision, ne sont plus lues comme juridiquement contraignantes<sup>10</sup>. Il n'est pas facile de savoir si elles sont *suspendues*, *accomplies*, ou *abrogées*; elles ne sont en tout cas pas *applicables*, de sorte qu'elles ne sont pas *violées* par les Chrétiens – le viol de la règle suppose que la règle soit d'application et contraignante. Or, les Chrétiens ne sont pas contraints par les centaines de règles de droit figurant dans la Bible hébraïque. Et cela demeure vrai même si les Chrétiens perçoivent dans la Bible hébraïque, souvent dans les Dix commandements, un *appui* de règles de droit naturel. Lorsque nous parlons de religions *juridiques*, nous parlons de religions reposant sur un droit positif (révélé) et non simplement l'expression plus ou moins aboutie d'un droit naturel<sup>11</sup>.

La deuxième objection rappelait que le droit canonique est un droit chrétien et qu'il est abusif de considérer que le christianisme est une religion non-juridique. Bien que le droit canonique ait connu des moments où il s'appliquait à une plus grande partie de la vie quotidienne

<sup>9</sup> Longtemps, l'Ancien Testament a coïncidé pour les Chrétiens avec sa traduction grecque dite des Septante. La plupart des citations de l'Ancien Testament au sein du Nouveau sont empruntées à cette traduction. Voir J. PELIKAN, *Interpreting the Bible & the Constitution*, Yale University Press, New Haven et Londres, 2004, p. 113.

<sup>10</sup> C. HAYES, *What's Divine about Divine Law?*, *op. cit.*, p. 160-161.

<sup>11</sup> Philon d'Alexandrie voyait dans le droit de la Bible hébraïque un droit ayant toutes les caractéristiques du droit naturel grec : il coïncide avec la vérité, il est rationnel, immuable et non écrit, voir C. HAYES, *What's Divine about Divine Law?* *op. cit.*, p. 111-124. Le droit talmudique a en revanche été décrit comme un droit positif et l'approche talmudique comme positiviste faisant toutefois place à des éléments de droit naturel, voir D. STEINMETZ, *Punishment & Freedom*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, « Divinations », 2008, p. 51, 64-65.

des fidèles, force est de constater que de nos jours, ce droit ne s’immisce que très ponctuellement dans les comportements les plus fréquents des fidèles<sup>12</sup> – surtout si on compare ce droit canonique aux droits talmudique ou musulman, qui régissent les moindres mouvements des fidèles. S’il régit encore le fonctionnement de l’Église catholique, y compris les règles entourant les sacrements, on peut toutefois considérer que malgré les nombreuses règles issues de l’Ancien Testament et malgré l’existence d’un droit canonique régissant l’institution catholique, le christianisme est dans l’ensemble une religion non-juridique<sup>13</sup> – même s’il a connu des moments typiquement juridiques et s’il a influencé les systèmes juridiques des pays de culture chrétienne.

### Le formalisme juridique

Il existe au sein du droit des courants plus ou moins formalistes. En l’occurrence, ceci est vrai dans les deux sens de « formalisme » que nous avons distingués : il existe des droits exigeant plus que d’autres certaines formalités aux actes juridiques. Nous avons précisé que nous nous intéresserions ici au second sens de formalisme, celui qui consiste à appliquer les règles de droit en accordant plus d’importance à la manière dont elles sont formulées plutôt qu’en suivant, chaque fois, le but poursuivi par la règle ou le meilleur jugement possible. On pourrait ainsi classer les courants juridiques au sein d’un droit, voire les systèmes juridiques, en fonction de leur degré de formalisme. Nous aurions des cultures très formalistes et d’autres qui le sont beaucoup moins. Notons que les cultures juridiques formalistes connaissent des tensions entre des principes formels et des principes antiformalistes<sup>14</sup>, émanant cette fois d’une demande de justice matérielle<sup>15</sup> (la notion de matière renvoyant ici à la justice comme valeur, par opposition à la forme<sup>16</sup>). Plus précisément, nous aurions des *moments* où certaines cultures juridiques sont, selon les branches du droit,

<sup>12</sup> Le droit canonique a occupé une place beaucoup plus importante dans le passé, mais a vu sa sphère se rétrécir : « Le droit canonique ne doit pas être considéré, dans l’histoire, à partir de sa situation actuelle, et être vu comme s’il ne régissait qu’une sphère juridique étroite, limitée au strict domaine religieux chrétien », G. GUYON, *Chrétienneté de l’Europe. Fondations juridiques*, Dominique Martin Morin, Bouère, 2010, p. 243.

<sup>13</sup> Ce point mériterait bien entendu plus ample développement : que son traitement trop rapide et sommaire nous soit ici excusé. La question de savoir si le droit canonique est ou non du droit demeure une considération extrinsèque au but de l’article qui vise à souligner l’influence antiformaliste du christianisme sur le droit occidental.

<sup>14</sup> Cette opposition est l’objet de l’introduction de S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, Puf, Paris, 2018.

<sup>15</sup> M. WEBER, *Sociologie du droit*, traduit de l’allemand par Jacques Grosclaude, Puf, « Quadrige », 2013, p. 302-303.

<sup>16</sup> E. BLOCH, *Droit naturel et dignité humaine*, traduit de l’allemand par Denis Authier et Jean Lacoste, Payot, « Critique de la politique », Paris, p. 238.

plus ou moins formalistes. D'une manière générale, Frederick Schauer a montré de manière très convaincante que le droit (le droit américain, en l'occurrence) reposait sur un formalisme consistant dans la nécessité pour le juge de devoir appliquer les règles telles qu'elles sont formulées – dans toute leur généralité – sans qu'il puisse en suspendre l'application des règles à l'approche de tout résultat sous-optimal<sup>17</sup>. En effet, Schauer soutient que le formalisme en interprétation du droit repose sur une présomption: le juge *doit* appliquer la loi et présume à cet effet que ce que le texte de la loi dit (*what is said*) est ce que la loi veut dire (*what is meant*<sup>18</sup>). Cette présomption peut certes être renversée mais uniquement par une *très* bonne raison. Une *simple* bonne raison ne suffit pas: si tel était le cas, le juge ne serait pas *contraint* par les règles, puisqu'il appliquerait celles qui le convainquent et écarterait celles qui ne le convainquent pas<sup>19</sup>. L'existence de décisions qui sont moins bonnes que ce qu'elles pourraient être si le juge n'appliquait que les règles qui le convainquent tient dans l'expression de *résultats sous-optimaux*. Cette présomption consistant dans l'hypothèse d'une adéquation entre la formulation de la règle et sa signification prévient alors deux risques: d'une part, l'affranchissement par le juge de l'autorité de la loi (en refusant de l'appliquer pour n'importe quelle *bonne raison*), d'autre part, la multiplication à l'excès de résultats sous-optimaux. Le caractère formel du droit (consistant notamment dans le caractère général des règles) et l'obligation pour le juge d'appliquer les règles de droit en *s'attachant* à leur formulation conduit en effet à ce que l'on doit tolérer un certain nombre de résultats sous-optimaux.

On peut dès lors prévoir que les religions juridiques (le judaïsme et l'islam) vont connaître et tolérer des résultats sous-optimaux, c'est-à-dire que l'application des règles va donner lieu à un certain nombre de situations désagréables, injustes – chose insoutenable aux yeux des moralistes qui ne voient pas le monde en termes juridiques. En morale en effet, les résultats sous-optimaux sont intolérables: il convient d'optimiser l'application des règles – ce, sans pertes. À l'inverse de ces deux religions, les religions non-juridiques (en l'occurrence le

<sup>17</sup> F. SCHAUER, *Penser en juriste*, *op. cit.*, p. 123-124.

<sup>18</sup> « La même idée peut être décrite en termes de présomption. Les juges partent souvent du texte et présumant que ce que le texte dit est ce que la loi signifie. Mais cette présomption, comme beaucoup d'autres, est réfragable. La présomption déplace la charge de la preuve, pour ainsi dire, mais il demeure possible d'alléguer que le texte ne devrait pas être suivi si cela contredit l'objectif de la loi, l'intention du législateur, ou produirait un résultat absurde ou déraisonnable. Ces arguments ne sont pas souvent faciles à soutenir. Plaider contre le sens clair du texte (nous parlons ici des cas où il existe un sens clair) n'est jamais facile; c'est parfois comme nager à contre-courant. Mais dans de nombreux systèmes juridiques, et en particulier aux États-Unis, de tels arguments sont recevables et parfois l'emportent. Il y a donc deux erreurs: refuser de voir combien le sens clair du texte est le facteur dominant dans l'interprétation des lois, et refuser de voir que le texte, point de départ, n'est souvent pas le point d'arrivée – la détermination de la signification d'une loi ne coïncide pas nécessairement avec la signification des mots qui la composent », F. SCHAUER, *Penser en juriste*, *op. cit.* p. 170.

<sup>19</sup> F. SCHAUER, « Formalism », *The Yale Law Journal*, 97/4, 1988, p. 509-548.

christianisme) ne toléreront guère des résultats sous-optimaux qu'une justice plus souple, plus concrète, plus « humaine », permettrait d'éviter. D'ailleurs, le droit canonique prend le soin de rappeler que les règles qu'il contient ne doivent pas être appliquées rigidement. Plus que tout autre droit, semble-t-il, il insiste en effet sur la nécessité de rester souple et de ne pas sombrer dans le formalisme<sup>20</sup>.

### Antiformalisme des Prophètes

Dans le prolongement critique d'un Pentateuque perçu comme recueil de règles – même s'il n'est pas que cela – les Prophètes de la Bible hébraïque sont notamment célèbres pour leur critique sévère de la pratique des lois issues du Pentateuque par les Israélites<sup>21</sup>. Or, cette critique demeure une critique interne : c'est au sein du droit que se font entendre des voix critiques quant aux modalités de son application. Nous sommes donc en plein antiformalisme interne au droit.

Le corpus des Prophètes est revendiqué par deux groupes très différents : les Juifs et les Chrétiens. Ce corpus figure en effet dans le canon juif. La loi écrite, c'est-à-dire le Pentateuque, est perçue dans le judaïsme comme étant accompagnée de la loi orale<sup>22</sup>. Celle-ci n'est pas clairement définie, mais est étroitement associée à la Mishna, qui bien qu'orale, a été compilée dans un premier temps puis mise par écrit. Le lien qui unit les Prophètes et la Mishna n'est pas perceptible à première vue. Pourtant, Weingreen a montré combien les Prophètes se livrent à un travail de citations de versets du Pentateuque, de commentaires et reformulations qui annonce à plus d'un titre la manière dont la Mishna cite et commente les versets de la Bible hébraïque<sup>23</sup>.

Mais les Prophètes, abondamment cités dans le Nouveau Testament, sont également mobilisés par la tradition chrétienne.

### Antiformalisme du Nouveau Testament

Nous distinguerons, d'une part, l'approche de Jésus telle qu'elle est consignée dans les Évangiles et, d'autre part, les lettres de Paul de Tarse. Certes, cela n'épuise pas tout le Nouveau Testament, mais ces deux « moments » permettent d'identifier deux types d'antiformalismes différents.

<sup>20</sup> A. BAMBERG, *Introduction au droit canonique. Principes généraux et méthodes de travail*, Ellipse, 2013, p. 120-121.

<sup>21</sup> Il est souvent question de la « fonction critique », « politiquement critique », des Prophètes, voir J.-C. ESLIN, *Dieu et le pouvoir. Théologie et politique en Occident*, Seuil, Paris, 1999, p. 26-30). Nous mettons pour notre part l'accent sur la critique de l'application des règles de droit.

<sup>22</sup> Les Karâïtes sont les Juifs qui ne souscrivent pas à la loi orale. Voir S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Puf, « Que Sais-je? », Paris, 2<sup>e</sup> édition, 2018, chapitre 5.

<sup>23</sup> J. WEINGREEN, *From Bible to Mishna. The continuity of tradition*, Manchester University Press, 1976.

## *Jésus*

Le christianisme connaît de nombreux courants ; tous ont en commun un rapport particulier au droit, qui trouve son origine dans le Nouveau Testament. Celui-ci poursuit en partie le discours critique que l'on lit chez les Prophètes de la Bible hébraïque. Nous nous concentrerons sur un aspect qui touche au formalisme juridique souvent critiqué sous le signe de l'hypocrisie. Or, le prophète Isaïe dénonce cette hypocrisie : « Cessez d'apporter l'oblation hypocrite » (Isaïe 1:13). La dénonciation de l'hypocrisie peut émaner d'un discours juridique, mais relève plus typiquement de l'éthique ou du pan éthique du discours juridique. Une continuité est revendiquée par Jésus avec les Prophètes de la Bible hébraïque : « Heureux êtes-vous lorsqu'on vous insulte, que l'on vous persécute [...] c'est ainsi en effet qu'on a persécuté les prophètes qui vous ont précédés » (Matthieu 5:11-12). Toutefois, le discours prophétique de la Bible hébraïque peut être compris comme visant à réconcilier la pratique du droit et la justice, afin, précisément, d'éviter l'hypocrisie du formalisme juridique. Le Nouveau Testament oscille entre cette même critique et un discours d'un type tout différent – plus facilement associé à Paul de Tarse – selon lequel l'abandon de l'hypocrisie liée au formalisme juridique pourrait conduire à une approche non seulement plus juste, plus éthique, mais également post-juridique, voire antijuridique.

## *Paul de Tarse*

Paul de Tarse a poursuivi la critique du formalisme que l'on trouvait dans les Évangiles<sup>24</sup>, qui elle-même puisait aux Prophètes de la Bible hébraïque. Simplement, tout indique qu'il est allé plus loin. La question centrale est de savoir s'il est allé plus loin dans la critique du formalisme tout en maintenant le système juridique ou bien s'il a dépassé le stade juridique pour embrasser une approche *postjuridique*. Plusieurs versets semblent en effet donner du crédit à l'idée que le Tarsiote a quitté tout bonnement le système juridique d'où il provenait et dans lequel il s'inscrivait. Premièrement, il dit : « La lettre tue, l'esprit vivifie » (2 Corinthiens 3:6), verset qui est susceptible de multiples interprétations, mais qui suggère qu'une approche littéraliste serait mortifère. Or, si l'on admet, avec Schauer, que le juge est tenu d'appliquer la loi tout en présument de l'adéquation entre sa forme et son fond, que donc le juge est *a priori* tenu d'appliquer le sens littéral de la règle de droit, le verset semble

<sup>24</sup> Nous disons « poursuivi », même si certains auteurs déplorent l'idée que l'on situe Paul après et donc au-delà des Évangiles. Si l'on admet que les Évangiles sont tardifs, les épîtres pauliniennes seraient alors les plus anciens écrits, voir S. PRON, *L'occupation du monde*, Zones Sensibles, Bruxelles, 2018, p. 149. Nous maintenons toutefois une approche standard en décrivant Paul comme un développement des Évangiles, ne fût-ce que pour des raisons de pédagogie et parce que le canon du Nouveau Testament a été reçu ainsi. Cette réception, même si elle devait se révéler erronée, a produit des effets.

plaider pour un système postjuridique. Afin de ne pas verser trop rapidement dans l'anachronisme (le verset ne parle pas en effet de méthodologie de l'interprétation juridique), citons un autre passage de Paul, qui fait jouer à l'opposition lettre/esprit un rôle dans la compréhension du droit :

« Sans doute la circoncision est utile si tu pratiques la loi, mais si tu transgresses la loi, avec ta circoncision tu n'es plus qu'un incirconcis. Si donc l'incirconcis observe les prescriptions de la loi, son incirconcision ne serait-elle pas comptée comme circoncision ? Et lui qui, physiquement incirconcis, accomplit la loi, te jugera, toi qui, avec la lettre de la loi et la circoncision, transgresses la loi. En effet, ce n'est pas ce qui se voit qui fait le Juif, ni la marque visible dans la chair qui fait la circoncision, mais ce qui est caché qui fait le Juif, et la circoncision est celle du cœur, celle qui relève de l'Esprit et non de la lettre » (Romains 2:25-29).

Ce passage mériterait un ample commentaire. Nous résumerons le point qui nous intéresse. Il y est fait une critique de l'accomplissement du commandement de la circoncision (témoin de l'alliance entre Dieu et Abraham) par quelqu'un qui méconnaît d'autres règles. Paul explique qu'il vaut mieux être incirconcis et accomplir les autres règles qu'être circoncis et les méconnaître. C'est ici qu'entrent en jeu deux couples conceptuels : lettre/esprit et visible/caché. Paul explique que ce n'est pas l'apparence, le visible, mais ce qui est caché, qui fait le Juif. En outre, la véritable circoncision n'est pas ou plus la circoncision physique mais celle du cœur. Seule cette dernière relève de l'esprit, la première relevant de la lettre.

Cette critique peut encore être interprétée comme une critique du formalisme interne au droit ou déjà comme une critique externe (de la pratique) du droit en tant que tel. Un troisième passage de Paul nous confirmera que le curseur se rapproche de l'antijuridisme, même si une lecture simplement antiformaliste demeure possible :

« Avant la venue de la foi, nous étions gardés en captivité sous la loi, en vue de la loi qui devait être révélée. Ainsi donc, la loi a été notre surveillant [ou pédagogue], en attendant le Christ, afin que nous soyons justifiés par la foi. Mais, après la venue de la foi, nous ne sommes plus soumis à ce surveillant [ou pédagogue]. [...] Il n'y a plus ni Juif, ni Grec, il n'y a plus ni esclave, ni homme libre ; il n'y a plus l'homme et la femme [...] » (Galates 3:23-28)

Ce passage procède à une chronologie : l'avènement du Messie met un terme à la captivité, celle-ci étant suivie de la venue de la foi. Cette chronologie induit donc une opposition entre la loi et la foi. La critique antiformaliste prendra typiquement pour cible l'application d'une loi sans l'intention, sans la foi. Cette chronologie est prolongée par une dissolution, puisque Paul fait voler en éclat

les divisions principales du droit juif : celle entre les Juifs et les non-Juifs (ici, les Grecs), entre l'homme libre et l'esclave et entre l'homme et la femme. Si cette dissolution était à prendre au pied de la lettre, elle indiquerait à coup sûr que Paul abandonne le droit. Pourtant, il est clair que ces paroles ne sont pas à prendre au sens le plus littéral : il doit signifier quelque chose comme la fin du statut et du rôle de ces oppositions plutôt que la fin de ces oppositions en tant que telles. Il soutient d'ailleurs explicitement que l'homme et la femme sont différents<sup>25</sup>.

### La synthèse chrétienne

Le christianisme repose donc sur une double synthèse fragile. Premièrement, le Chrétien souscrit à l'Ancien Testament ainsi qu'au Nouveau : un Chrétien qui rejeterait l'Ancien s'exclut du christianisme<sup>26</sup>. Deuxièmement, le christianisme opère la synthèse entre la Bible hébraïque (une des sources du droit du talmud) et la nature antiformaliste, tantôt non-juridique, tantôt postjuridique, du Nouveau Testament. Cette double synthèse peut être mise en péril par la radicalisation de l'opposition entre les deux Testaments. En effet, le rejet de l'Ancien Testament procède d'une hérésie dualiste marcionite, qui souscrivait à deux Dieux, l'un, mauvais, le Dieu de l'Ancien Testament et l'autre, bon, le Dieu du Nouveau Testament. Cette hérésie du II<sup>e</sup> siècle a été dénoncée de longue date. Pourtant, des courants hérétiques ne cesseront de faire leur apparition durant toute l'histoire du christianisme<sup>27</sup>. Par exemple, au Moyen Âge, l'hérésie cathare rejettera le Pentateuque, mais – fait intéressant – gardera les Prophètes et les Psaumes<sup>28</sup>.

On pourrait reformuler la question de la manière suivante : la pratique des commandements, donc l'application des règles de droit figurant dans le Pentateuque, est-elle, du point de vue chrétien, simplement insuffisante ou bien carrément inutile ? Ce sont deux thèses très différentes. En effet, les Prophètes soulignaient le caractère très insuffisant d'une pratique automatique, hypocrite ou inappropriée. Par accès de colère, ils pouvaient en venir à dire – en exagérant quelque peu – que cette pratique ne vaut rien, et qu'il vaudrait mieux que

<sup>25</sup> Exemple de verset indiquant que la différence entre homme et femme n'est pas abandonnée : « femmes, soyez soumises à vos maris comme au Seigneur » (Éphésiens 5:22).

<sup>26</sup> À vrai dire, les doctrines des premiers conciles postérieurs, donc, au Nouveau Testament, et concernant notamment la Trinité font également partie du socle commun – au point que les auteurs antitrinitariens et sociniens ont eu maille à partir avec les Protestants comme avec les Catholiques. Voir J. PELIKAN, *Interpreting the Bible & the Constitution*, *op. cit.*, p. 92, 115-117.

<sup>27</sup> Le romantisme allemand a également été tenté par un antijuridisme : « quelque chose d'inattendu se produit en Allemagne au début du XIX<sup>e</sup> siècle avec les romantiques tant protestants que catholiques. Ils se détournent de l'Ancien Testament, ils coupent le christianisme de sa racine juive », B. BARRET-KRIEGL, *L'État et les esclaves*, *op. cit.*, p. 212.

<sup>28</sup> G. WELTER, *Histoire des sectes chrétiennes*, Payot & Rivages, « Petite bibliothèque Payot », Paris, [1950], 2011, p. 99.

les sacrifices ne soient pas apportés, plutôt que de l'être de cette manière. Ce discours peut demeurer interne au droit : l'application des règles laisse à désirer et le but de ce propos tient tout entier dans le souhait de les voir appliquer correctement. L'autre discours, consistant à voir dans les commandements une pratique inutile au sens fort, c'est-à-dire tombée en désuétude, obsolète, caduque, est un discours non pas interne au droit, mais postjuridique. Il s'agit alors d'une remise en question morale (au sens de non-juridique) de la pratique en tant que telle des commandements : une des métaphores que l'on trouve sous la plume de Paul est celle de la Loi comme pédagogue. Cette métaphore permet de décrire le droit hébraïque comme un *interim*, un dispositif provisoire censé régir le peuple entre la promesse faite à Abraham – jamais abandonnée – et la venue du Messie. Cette métaphore se fait l'écho de la notion de droit positif dans le platonisme, substitué de la loi divine<sup>29</sup>. Le pédagogue comme métaphore de la loi sied particulièrement à Paul et à son rapport ambivalent au droit<sup>30</sup>. Jésus ne semble pas être allé jusque-là, mais Paul peut laisser penser qu'il pose ce geste. Toujours est-il que le christianisme n'exige plus depuis longtemps d'appliquer les nombreux commandements figurant dans le Pentateuque. Tantôt, il sera question non de les abroger, mais de les accomplir<sup>31</sup> (ce qui demeure vague quant à la question qui nous occupe), tantôt il se limitera aux règles contenues dans les dix commandements, voire dans les sept lois de Noé<sup>32</sup>. Nous ne trancherons pas la question difficile de savoir dans quelle mesure le christianisme, ou tel courant du christianisme, a procédé à un rejet du droit ou bien s'est contenté de décrier le formalisme pharisien. Notre étude porte simplement sur l'influence de cette synthèse chrétienne sur le droit occidental.

<sup>29</sup> C. HAYES, *What's Divine about Divine Law?* *op. cit.*, p. 156-157.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>31</sup> « N'allez pas croire que je sois venu abroger la loi ou les Prophètes : je ne suis pas venu abroger, mais accomplir » (Matthieu 5:17).

<sup>32</sup> Sur les tentatives protestantes de voir dans les sept lois de Noé l'expression du droit naturel, voir S. GOLTZBERG, « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII<sup>e</sup> siècle », *Dix-septième siècle*, 2018/2 (n° 279), p. 231-244. Plus généralement, voir la riche contribution de Charles Leben, « La référence aux sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature et des gens au XVII<sup>e</sup> siècle », *Droit*, n° 2012/2, 56, p 179-228. Leben s'appuie notamment sur Prosper Weil, « Le Judaïsme et le développement du droit international », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 151, Leyde/Boston, Brill/Nijho, 1976, p. 253-335, S. ROSENNE, « The influence of Judaism on the development of international law », repris dans *An International Law Miscellany*, Nijho Publishers, Dordrecht, (1957 original en hébreu, trad. anglaise 1958), 1993, p. 509-547.

## La Réforme

Luther entretenait vis-à-vis des juristes une relation pour le moins ambivalente. N'a-t-il pas écrit que les bons juristes sont de mauvais chrétiens<sup>33</sup>? Mieux, en 1520, alors que le Pape Léon X lui donnait soixante jours pour revenir sur des propos jugés hérétiques, il décide, le 10 décembre, c'est-à-dire le soixantième jour, de faire brûler à Wittenberg des livres de droit canonique, notamment le Décret de Gratien<sup>34</sup>. La rupture avec Rome était alors consommée. Ses acolytes Agricola et Melancton auraient souhaité livrer aux flammes également les œuvres de Thomas d'Aquin et de Duns Scot, mais n'avaient trouvé personne à Wittenberg qui soit prêt à se défaire de ses exemplaires... Le but de Luther était à cette époque d'éradiquer le droit canonique de l'Église. Toutefois, il admit à la fin des années 1520 que ce projet n'est pas viable<sup>35</sup>. Il aura recours – certes à contrecœur – au droit canonique. Ce recours prend la forme d'une greffe juridique<sup>36</sup> de grande ampleur.

En chrétien, il souscrit évidemment tant à l'Ancien qu'au Nouveau Testament. Il perçoit même dans chacun la présence de lois et d'enseignement de la grâce. Toutefois, selon lui, l'Ancien Testament est surtout le lieu de la loi et le Nouveau surtout celui de la grâce. La loi de l'Ancien Testament est considérée comme nécessaire, puisque sans elle, toute raison humaine est « aveugle » pour reconnaître le péché<sup>37</sup>. Ce point est capital, puisque toute la question est de savoir si le respect formaliste des règles de droit de la Bible hébraïque est, du point de vue chrétien, insuffisant (comme chez les Prophètes) ou bien inutile. À l'envisager, Luther montre, dans la lignée des Prophètes et des Évangiles, que la loi est insuffisante : elle serait suffisante si elle était charnelle, mais elle est spirituelle<sup>38</sup>. Mais il semble parfois soutenir qu'elle est inutile : « quand le Christ vient, la Loi cesse, en particulier la Loi lévitique »<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> M. LUTHER, *Mémoires de Luther écrits par lui-même*, traduit de l'allemand par Jules Michelet et présenté par Claude Mettra, Mercure de France, Paris, 1990, p. 344.

<sup>34</sup> J. WITTE, Jr., *Law and Protestantism. The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 53-54.

<sup>35</sup> J. WITTE, Jr., *Law and Protestantism*, *op. cit.*, p. 65-85.

<sup>36</sup> Sur le recours du droit canonique comme greffe juridique, voir J. WITTE, Jr., *Law and Protestantism*, *op. cit.*, p. 76, 133 et 136. Sur la notion de greffe juridique, voir chapitre III de S. GOLTZBERG, *Le droit comparé*, Puf, « Que Sais-je? », Paris, 2018.

<sup>37</sup> M. LUTHER, « Préface à l'Ancien Testament », in M. LUTHER, *De la liberté du chrétien. Préfaces à la Bible*, traduit de l'allemand et commenté par Philippe Büttgen, Seuil, « Essais », Paris, 1996, p. 113.

<sup>38</sup> « Préface à l'épître de saint Paul aux Romains », in M. LUTHER, *De la liberté du chrétien. Préfaces à la Bible*, traduit de l'allemand et commenté par Philippe Büttgen, Seuil, « Essais », Paris, 1996, p. 87.

<sup>39</sup> « Préface à l'Ancien Testament » *op. cit.*, p. 117.

Luther propose une autre distinction qui pourrait être de nature à surmonter l'opposition que nous avons sommairement proposée entre le caractère insuffisant et/ou inutile de l'application des règles de droit issues du Pentateuque. Cette distinction oppose exécuter les œuvres de la Loi (*Gesetzes Werk Tun*) et accomplir la loi (*das Gesetz erfüllen*<sup>40</sup>). En l'occurrence, seule la foi accomplit la Loi<sup>41</sup>. Les œuvres sont donc insuffisantes. Ainsi, le respect formaliste des règles de droit vétéroutestamentaires est à la fois *insuffisant*, puisque incapable d'atteindre l'accomplissement de la Loi et *inutile*, tant que la foi ne l'accompagne pas.

On pourrait dire de Calvin ce que nous venons d'écrire sur Luther : son rapport à la loi vétéroutestamentaire est à tout le moins ambivalent – alors même que, moins soupçonneux de la chose juridique, il voyait dans le droit séculier l'instrument d'une bonne organisation sociale<sup>42</sup>. Il écrit que l'Ancien Testament « a été aboli et abrogé », tandis que le Nouveau Testament ne vieillira jamais<sup>43</sup>, ce qui semble creuser le fossé entre les deux textes. En revanche, alors qu'il entend montrer que tout l'Ancien Testament annonce la venue de Jésus, il évoque « le souverain législateur Moïse écrivant sa loi sur les tables de nos cœurs par son Esprit<sup>44</sup> ». Cette fois, l'objectif est de rapprocher les deux Testaments – d'ailleurs le vocabulaire utilisé pour parler de Moïse a une étrange résonance néotestamentaire. Plus généralement, à la faveur de la distinction entre ce qui est légalement permis et ce qui est légalement approuvé, Calvin considère que plusieurs comportements autorisés par le Pentateuque – comme le divorce ou le fait de tuer tous les habitants d'une ville refusant de se rendre – sont injustes, mais ont été tolérés en tant que concession, en raison des vices des Israélites<sup>45</sup>. Le rapport critique de Calvin à l'Ancien Testament n'aura pas empêché Michel Villey de voir dans l'approche calvinienne une morale « principalement judaïque »<sup>46</sup>, morale « qui fait peu de place à la justice »<sup>47</sup> et « qui ne fait guère de place au droit »<sup>48</sup>. Il faut savoir que pour Villey, ce qui manque chez Calvin, c'est, comme dans la morale judaïque, le droit lui-même<sup>49</sup>.

<sup>40</sup> « Préface à l'épître de saint Paul aux Romains », *op. cit.*, p. 89.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> E. TROELTSCH, *Protestantisme et modernité*, traduit de l'allemand par Marc de Launay, Gallimard, « Bibliothèque des Sciences Humaines », Paris, 1991, p. 75.

<sup>43</sup> J. CALVIN, « Préface au Nouveau Testament », in *Œuvres choisies*, Gallimard, Paris, 1995, p. 37.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>45</sup> M. J. TUININGA, *Calvin's Political Theology and the Public Engagement of the Church. Christ's Two Kingdoms*, Cambridge University Press, « Cambridge Studies in Law and Christianity », Cambridge, 2017, p. 330-332.

<sup>46</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Puf, « Quadrige », Paris, 2006, p. 313.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 324. La raison pour laquelle Villey ne perçoit pas du droit dans la morale judaïque tient sans doute à sa formation de romaniste et à l'idée (fausse) d'après laquelle il n'y a de droit que

Calvin a eu une postérité notamment en Angleterre. Plusieurs croyances calvinistes ont partie liée à la manière dont le droit anglais s'est développé: la croyance que l'Histoire est la révélation de la providence divine, que la transformation du monde est un commandement divin, que Dieu appelle à traduire sa volonté dans des termes juridiques, l'importance de la coutume, l'éthique puritaine, tous ces éléments ont conduit à façonner le droit anglais, qui requiert une analyse serrée des *cas*, là où le courant allemand-luthérien ou catholique met l'accent sur l'analyse des *concepts* et des *doctrines*<sup>50</sup>.

## Les Jésuites

Bien qu'il existe une casuistique protestante (calviniste ou luthérienne<sup>51</sup>), il en existe une autre, catholique et plus connue: celle des Jésuites. Ceux-ci passent en effet pour les maîtres de la casuistique. Le courant des Jésuites est très particulier. Il a fait l'objet des critiques les plus acerbes, dont la plus célèbre demeure celle d'un tenant du jansénisme, Blaise Pascal, dans les *Provinciales* – les Jésuites répondront que le jansénisme est un « calvinisme rebouilli »<sup>52</sup>. Nous proposons de comprendre le mobile profond de l'aversion pascalienne à leur endroit de la manière suivante: les Jésuites abordent les problèmes éthiques (ou éthico-juridiques) de manière formaliste. Cette technique retirant tout esprit à la loi aura valu à la casuistique la « fâcheuse réputation de tomber, en morale, dans un pur *légalisme* »<sup>53</sup>. Or, les questions étaient souvent traitées de manière éthique, à tout le moins de manière très peu formaliste, parmi les moralistes de la tradition chrétienne: ce qui régissait les discussions chez les Jansénistes notamment mais chez les Chrétiens d'une manière générale, était la justice. Cette valeur conduisait les non-Jésuites à proposer le résultat le plus *naturel*, plus *crédible*, le plus proche des valeurs sous-tendant les règles. À l'inverse, les Jésuites n'hésitaient pas à utiliser des techniques *artificielles*, typiquement juridiques et formalistes, voire typiques des droits les plus formalistes. Parmi ces techniques, on citera le probabilisme et la réserve mentale. Le probabilisme consiste à se prévaloir d'une opinion minoritaire, qui n'a donc pas été retenue<sup>54</sup>. Cette opinion, quoique minoritaire, est tout de même dite probable au sens

---

romain ou apparenté au droit romain.

<sup>50</sup> H. J. BERMAN, *Law and revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge Mass. et Londres, 2003, p. 263-265.

<sup>51</sup> J.-Y. LACOSTE, « XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles », in J.-Y. LACOSTE, (dir.) *Histoire de la théologie*, Seuil, « Sagesse », Paris, 2009, p. 338-339.

<sup>52</sup> F. HILDESHEIMER, *Une brève historique de l'Église. Le cas français IV<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup>*, Flammarion, « Champs Histoire », Paris, 2019, p. 166.

<sup>53</sup> S. BOARINI, *Qu'est-ce qu'un cas moral?*, Vrin, « Chemins philosophiques », Paris, 2013, p. 38.

<sup>54</sup> S. BOARINI, *Introduction à la casuistique. Casuistique et bioéthique*, L'harmattan, Paris, 2007, p. 73-77.

où elle a été tout de même avancée par des autorités reconnues<sup>55</sup>. La critique pascalienne souligne le fait que si toute opinion citée mais non retenue peut constituer une source, un fondement de mon raisonnement, alors on peut tout justifier. La réserve mentale, décrite non seulement par Pascal, mais également par Kant<sup>56</sup>, est cette technique qui permet de taire une partie des énoncés afin de pouvoir – sans mentir au sens technique du terme – soutenir publiquement des énoncés qui, sans la réserve, seraient faux. Par exemple, si un prêtre risque la peine de mort en avouant qu’il est prêtre, il pourrait envisager comme réserve mentale « d’Apollon » : il ne mentirait pas en affirmant « Je ne suis pas prêtre », puisque la valeur de vérité est attribuée à l’énoncé complet « Je ne suis pas prêtre d’Apollon », ce qui est en effet vrai. L’autorisation de la ruse qui ressemble au mensonge sans s’y identifier est expliquée par Lessius :

« [P]ersonne n’est tenu de révéler la vérité à une autre personne quand il s’agit de préserver un avantage notable et si la connaissance de la vérité pourrait mener l’autre personne à empêcher l’avantage ou à le réaliser lui-même. Ce mensonge ne doit pas être considéré comme un mensonge pernicieux, mais comme un mensonge par devoir (*mendacium officiosum*) ».

Wim Decock rapporte cette citation afin de montrer quel est le statut de cette ruse, distincte du mensonge pernicieux<sup>57</sup>. En effet, alors qu’Augustin niait la possibilité d’un mensonge noble, une longue tradition chrétienne, dont les Jésuites sont les représentants les plus célèbres, envisage la légitimité de tels stratagèmes.

La casuistique a connu plus récemment une réhabilitation en philosophie morale, plus particulièrement en bioéthique<sup>58</sup>, ainsi qu’en droit<sup>59</sup>. Une des défenses théologiques de la casuistique jésuitique insiste sur le fait que les Jésuites, contrairement à Pascal, avaient à rendre des décisions concrètes et ne pouvaient se contenter d’une éthique désincarnée et planant au-dessus des contingences du monde d’ici-bas.

<sup>55</sup> A. R. JONSEN, et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berkeley, [1988], 1989, p. 164-175.

<sup>56</sup> Kant écrit : « Réserver mentalement (*reservatio mentalis*) de vieilles prétentions, à déterminer tout d’abord ultérieurement et qu’aucune des parties ne tient présentement à mentionner [...] est un procédé qui relève de la casuistique des Jésuites, et qui est au-dessous de la dignité des souverains », in E. KANT, *Projet de paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, traduit de l’allemand par Jean Gibelin, Vrin, « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, 1999, première section, §1, p. 13 (p. 344 de la pagination allemande).

<sup>57</sup> W. DECOCK, *Le marché du mérite. Penser le droit et l’économie avec Léonard Lessius*, Zones Sensibles, Bruxelles, 2019, p. 98. Le passage cité de Lessius est *Auctarium*, s.v. *contractus*, cau 7, nr. 13, p. 182.

<sup>58</sup> A. R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, *op. cit.*

<sup>59</sup> F. ROUVIÈRE, « Apologie de la casuistique », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 118-123.

## CONCLUSION

Nous avons vu que parmi les trois religions abrahamiques, deux sont à proprement parler juridiques : le judaïsme et l'islam. Or, chacune de ces deux religions, de ces deux droits, contient – comme tout droit – des principes visant à tempérer le formalisme qui y sévit. Ces principes permettent d'éviter *localement* et *ponctuellement* (*in concreto*) l'application des règles de droit : la présomption que le texte de la loi dit (*what is said*) est ce que la loi veut dire (*what is meant*) – et donc que le juge doit l'appliquer telle quelle – n'est renversée que provisoirement. Le christianisme, religion non-juridique voire postjuridique, connaît les mêmes principes antiformalistes, mais leur portée tend à ne pas se limiter à une critique ponctuelle et locale mais à s'ériger au rang de principe plus général encore (*in abstracto*) : la lettre tue, le formalisme associé à la lettre est alors non plus seulement tempéré, mais supprimé au profit d'un système philosophique et moral. Ainsi, *l'histoire de l'Occident peut être racontée comme l'histoire de l'influence du christianisme sur le droit, cette influence étant largement, quoique pas uniquement, antiformaliste* – les Jésuites constituent un moment étrangement formaliste au sein de cette religion antiformaliste, d'où le malaise qu'ils ont suscité. Par ailleurs, notamment au sein de mouvements hérétiques, le droit est non seulement tempéré dans son formalisme, voire suspendu en tant que droit, mais le Pentateuque est carrément nié et rejeté. Or, ce rejet est une limite que le christianisme ne franchit jamais en *tant que christianisme*. Il reste que le christianisme a constitué un réservoir d'arguments mettant en garde contre les excès du formalisme en droit. Ainsi les systèmes juridiques européens sont tous traversés par cet écho des critiques émises par les Prophètes hébraïques et surtout de celles contenues dans le Nouveau Testament à propos du droit pharisien ou du moins de l'approche pharisienne du droit (certes formaliste, mais pas au sens caricatural que véhiculent ses contempteurs). Le christianisme aurait pu tirer un trait sur le Pentateuque – comme n'ont pas hésité à le faire les dualistes marcionites et les cathares<sup>60</sup> –, il a toutefois privilégié une autre voie. Il a conservé le Pentateuque, y compris les nombreux versets juridiques, mais a remplacé la lecture juridique – donc littéraliste – par une lecture non-littérale et non-juridique. L'histoire du droit en Occident est ainsi intimement liée à l'histoire des types de lectures que subit le Pentateuque : lecture juridique juive et lecture non-juridique chrétienne. Toutefois, le christianisme n'a rien, en soi, d'antijuridique, au sens d'un antinomisme (rejet de tout droit) ; au contraire, le Nouveau Testament contient des verset insistant sur l'autorité qu'il convient de

<sup>60</sup> R. BRAGUE, *Europe, la voie romaine*, Gallimard, Folio-Essais, Paris, 1992, p. 77.

reconnaître au souverain, autorité distincte de celle qui est reconnue à Dieu<sup>61</sup>. L'histoire de l'antiformalisme chrétien nous aide également à comprendre l'histoire du judaïsme et de l'islam : ceux-ci ont souvent et font encore régulièrement l'objet d'un examen typiquement chrétien, à savoir déjuridicisé. Une des techniques permettant de rendre sympathiques le judaïsme ou l'islam consiste dans la littérature peu scrupuleuse à n'y voir que philosophie, éthique, folklore ou à les réduire à la mystique (notamment hassidique ou soufie). Autrement dit : leur jeton d'entrée dans le cercle des humanistes se traduit souvent par un abandon du caractère juridique – le caractère juridique étant *mal vu* dans la culture occidentale. Or, il semble indispensable de saisir à quel point le caractère juridique du judaïsme et de l'islam est central pour comprendre leur développement, y compris l'apparition en leur sein de courants minoritaires plus ou moins antiformalistes voire antijuridiques.

Terminons sur un paradoxe apparent. Les juristes des États-Unis, en particulier les juges de la Cour suprême, ont subi une forte influence protestante<sup>62</sup> – un protestantisme mélangé par ses origines, donnant lieu à une immense diversité dénominationnelle<sup>63</sup>. Une approche formaliste, littéraliste, n'y est pas rare, même si elle est tempérée par des courants antiformalistes. Le paradoxe tient à ce que – contrairement à Luther – Calvin et Zwingli rejetaient la lecture littérale des mots de la cène : « Ceci est mon corps. Ceci est mon sang<sup>64</sup> ». Le paradoxe n'est qu'apparent : on peut parfaitement soutenir une approche littérale (présomption réfragable) des textes juridiques tout en admettant, pour une question de philosophie et de théologie, une lecture non-littérale. En fait, ce qui passait pour un paradoxe est au contraire typique de la différence entre l'approche juridique, volontiers littérale, et l'approche non-juridique, volontiers non-littérale.

<sup>61</sup> « Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu », (MATTHIEU 22:21, Marc 12 : 17, Luc 20 : 25). Voir J.-C. ESLIN, *Dieu et le pouvoir*, *op. cit.*, p. 44-47.

<sup>62</sup> E. GENTILE, *Les religions de la politique. Entre démocraties et totalitarismes*, traduit de l'italien par Anna Colao, Seuil, « La couleur des idées », Paris, [2001], 2005, p. 64.

<sup>63</sup> J. BOISSET, *Histoire du protestantisme*, Puf, « Que Sais-je ? », Paris, 1970, p. 111.

<sup>64</sup> J. PELIKAN, *Interpreting the Bible & the Constitution*, *op. cit.*, p. 101-102. Il faut préciser que Calvin et Luther étaient unis contre l'idée catholique de la transsubstantiation.

# LE FORMALISME RUSSE : LITTÉRARITÉ ET JURIDICITÉ\*

---

Marie CABANTOUS  
*Doctorante au LTD, AMU*

Loïck ESPANET  
*Master 2 de droit public, parcours théorie du droit*

**Abstract:** *Russian Formalism – a literary theory which appeared at the beginning of the 20<sup>th</sup> century – analysed literature according to its form. It offered a new method to find out what characterises literature. If it were used and applied to law, this method could maybe help pinpoint what characterises law or, unassumingly, renew some approaches. Nevertheless underlying questions keep flooding back: how far do law and literature converge? To what extent is formalism well suited to describe law?*

« Le *jus* se manifeste toujours comme dit »<sup>1</sup>.

Le droit est un langage<sup>2</sup>. Comme tel, il se compose essentiellement de textes. Le rapprochement avec la littérature est aisé. De nombreux auteurs ont d'ailleurs approfondi cette comparaison. C'est notamment le cas du courant « Droit et littérature », écloso aux États-Unis au milieu des années 1970 à la suite des travaux novateurs de Benjamin Cardozo<sup>3</sup>. Pour autant, la communication entre les deux domaines n'était pas nouvelle. En effet, au cours des siècles précédents, des écrivains s'intéressant au droit avaient peint certaines institutions

---

\* Nous tenons à remercier tout particulièrement Monsieur le Professeur Frédéric Rouvière, directeur du Laboratoire de Théorie du droit, pour nous avoir guidés dans ce travail et nous avoir fait l'honneur de nous publier dans cette revue, Madame le Professeur Alexandra Popovici pour sa relecture bienveillante et ses remarques qui nous ont permis d'améliorer considérablement notre ébauche, Monsieur le Professeur Alain Sériaux pour ses précieux conseils, Monsieur Pierre Michel pour sa si gentille correction détaillée, ainsi que l'ensemble des étudiants du Master 2 de Théorie du droit pour leurs encouragements et leur soutien indéfectible.

<sup>1</sup> G. PIERI, « *Jus et jurisprudentia* », *Archives de Philosophie du droit*, t. 30, 1985, p. 57.

<sup>2</sup> « Le droit pourrait [...] se laisser définir comme un usage normatif du langage pour régler les rapports des hommes hors de chez eux » (B. MAZABRAUD, *De la juridicité. Le droit à l'école de Ricœur*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'Univers des normes », 2017, p. 13); voy. aussi A. SERIAUX, *Le droit comme langage*, Paris, Lexis Nexis, 2020.

<sup>3</sup> B. N. CARDOZO, « Law and Literature », *Yale Review*, vol. 14, 1925, p. 699-718.

dans leurs ouvrages<sup>4</sup>. Réciproquement, des juristes avaient préconisé une lecture des romans afin d'initier les professionnels du monde juridique à la psychologie humaine<sup>5</sup>. Mais la particularité du courant « Droit et littérature » fut d'utiliser les outils de l'interprétation littéraire afin d'étudier le droit, voire d'envisager la notion de droit comme littérature<sup>6</sup>.

Dans cette lignée, nous allons tenter une transposition d'une théorie littéraire, le formalisme russe, au droit. Ce courant, qui date du début du xx<sup>e</sup> siècle, entreprend d'analyser la littérature au moyen de sa forme. Et tandis que les autres méthodes d'interprétation littéraire mettaient en avant l'aspect psychologique, social, politique, moral, historique... des œuvres, le formalisme russe veut s'affranchir du subjectivisme. Face aux « principes esthétiques subjectifs », il exige « une attitude scientifique et objective par rapport aux faits [...], un refus de prémisses philosophiques, des interprétations psychologiques et esthétiques, etc. »<sup>7</sup>. Il cherche à élaborer un savoir littéraire autonome, en découvrant ce qui fait la « littérarité » d'une œuvre.

Cette problématique se retrouve dans le domaine juridique. La critique réaliste, réduisant la décision judiciaire aux seules opinions politiques ou morales du juge, a redonné son actualité à la question de l'objectivité en droit. Aux États-Unis, Jerome Frank définit la décision judiciaire comme l'équation  $S$  (les stimuli reçus par le juge)  $\times$   $P$  (personnalité du juge) =  $D$  (la décision)<sup>8</sup>. Les arguments juridiques n'interviendraient qu'à titre de rationalisation *a posteriori*, masquant les véritables raisons qui ont présidé à l'adoption de la solution<sup>9</sup>. C'est notamment pour faire face à ces assertions que Dworkin a élaboré sa théorie du droit comme

<sup>4</sup> Pour ne citer qu'un exemple, Honoré de Balzac présente divers pans du droit dans sa *Comédie humaine*: le régime de l'absence dans *Le Colonel Chabert*, la réserve héréditaire dans *Du droit d'aïeuse*, le droit commercial dans *César Birotteau*...

<sup>5</sup> L'un des premiers fut le juriste américain John Henry Wigmore qui publia notamment: « A List of One Hundred Legal Novels », *Illinois Law Review*, vol. 17, 1922, p. 26-41

<sup>6</sup> P. SEGUR, « Droit et littérature. Éléments pour la recherche », *Revue Droit et littérature*, 2017, n° 1, p. 107-123, spéc. p. 112-113; A. COUTANT, « Droit et littérature, un mouvement juridique et démocratique », in F. LAFFAILLE (dir.), *Droit et littérature*, Paris, Mare & Martin, Actes, 2014, p. 18 sq.

<sup>7</sup> B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », in T. TODOROV (dir.), *Théorie de la littérature*, Paris, éd. du Seuil, 2001, p. 35.

<sup>8</sup> J. FRANK, *Courts on Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1949, p. 159.

<sup>9</sup> « Une opinion judiciaire n'est pas un exposé *ex post facto* de la décision. C'est un exposé censuré, écrit par un juge, de ce qui l'a amené à prendre une décision qui était déjà prise. Les conventions interdisent aux juges de rapporter la plupart des éléments qui les ont amenés à prendre leurs décisions. Prendre ces exposés judiciaires éviscérés comme la base principale de prévision d'une prochaine action judiciaire revient à s'illusionner soi-même » (J. FRANK, « Pourquoi pas une école de juristes cliniciens ? », *University of Pennsylvania Law Review*, 1932-1933, p. 907 sq, trad. par C. Jamin, in *Les cahiers de la Justice*, 2019, n° 2, p. 304).

interprétation, avec la figure du juge Hercule et la recherche de « *one right answer* »<sup>10</sup>. En ce sens, Monsieur François Colonna d'Istria fait remarquer que :

« le savoir juridique semble en perpétuelle quête de son identité épistémologique, c'est-à-dire de la spécificité de son objet et de sa méthode. Sur le chemin de cette crise continue, le réalisme lui jette sans doute le plus grand défi qu'il doive affronter. Comment penser un savoir juridique autonome si le droit n'est qu'une apparence dissimulant des luttes de pouvoir traversées par des enjeux socio-économiques ? »<sup>11</sup>

Face à ce défi, l'étude du formalisme russe apporte un regard intéressant du fait que ce courant cherche à dépasser les approches subjectives. Le droit n'est pas si éloigné de la littérature, comme nous l'avons vu, et cette théorie littéraire propose une méthode inédite. Peut-être pourrait-elle aider les juristes à retrouver une vision objective, et, ainsi, à découvrir ce qui fait la spécificité du droit.

Nous envisagerons d'abord le formalisme russe et ses traits communs avec le droit (I), puis nous interrogerons la pertinence de sa transposition au droit (II).

## I. La recherche d'une spécificité de son objet : un point de départ analogue au formalisme russe et au droit

Après avoir présenté le mouvement formaliste russe (A), nous verrons qu'à l'instar de nombreuses théories du droit, il est en quête de la spécificité de son objet (B).

### A. Historique et méthode du mouvement formaliste russe

Afin de comprendre la méthode formelle (2), il importe de s'intéresser au préalable à l'historique et aux principes du mouvement formaliste russe (1).

#### 1. Historique et principes

*Genèse.* Prolongeant les études symbolistes, le formalisme russe s'attache à remettre en cause le lien entre vie réelle et littérature, considéré à l'époque comme un dogme<sup>12</sup>. Il naît en 1910 avec la parution du recueil d'articles d'Andréi Biély intitulé *Symbolisme*. Par la suite, deux cercles littéraires se créeront : le Cercle moscovite

<sup>10</sup> R. DWORKIN, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 119.

<sup>11</sup> F. COLONNA D'ISTRIA, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.*, 2012, p. 1.

<sup>12</sup> G. NIVAT, « Formalisme russe », *Encyclopedia Universalis* [En ligne]. Disponible sur : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/formalisme-russe/>

de linguistique, en 1915, et l'*Opoïiaz*<sup>13</sup>, à Saint-Petersbourg, en 1916. Ils se composent tant de spécialistes de la littérature – Boris Eixenbaum, Iouri Tynianov et Boris Tomachevski à l'*Opoïiaz* – que de poètes – Vladimir Maïakovski, Boris Pasternak, Ossip Mandelstam au Cercle moscovite –, d'amateurs de poésie – Ossip Brik, juriste de formation, au Cercle moscovite – ou de linguistes – Roman Jakobson, Piotr Bogatyriov, Grigori Vinokour au Cercle moscovite, et Lev Iakoubinski à l'*Opoïiaz* –. Ils prendront de la distance avec le mouvement symboliste dans leur critique des sons et des images, développée par Victor Chklovski dans ses deux ouvrages *Recueils sur la théorie de la langue poétique*, parus en 1916 et 1917. Oubliant la question du son, qui leur avait servi de point de départ afin d'analyser la poésie, ils écartent également celle des images, non décisives pour la compréhension des poèmes. Ce qui a pu faire dire à Chklovski que les images ne sont en réalité que des redites du passé<sup>14</sup>. La spécificité de la littérature est ailleurs, elle est dans sa forme.

*Principes directeurs.* Le formalisme est un groupe disparate d'auteurs qui ne partagent pas tous le même point de vue. Le terme « formel » lui-même est rejeté par certains formalistes ; il leur a été imposé de l'extérieur<sup>15</sup>. Le mouvement s'articule autour de deux principes, difficilement conciliables, selon lesquels d'une part la littérature est une pure forme, dépourvue de lien avec la réalité, et d'autre part chaque forme n'a de signification qu'au regard de la fonction qu'elle remplit dans l'œuvre. Néanmoins, les formalistes ne se soucient pas de ces contradictions, car ils n'ont pas la prétention d'élaborer une théorie générale. Tzvetan Todorov, historien français qui s'est consacré à la traduction des formalistes russes, explique ainsi qu'« il faut se garder de ces deux positions extrêmes : croire qu'il existe un code commun à toute la littérature, affirmer que chaque œuvre engendre un code différent »<sup>16</sup>. La littérature est envisagée comme un code qu'il s'agit de décoder<sup>17</sup>, ce que les formalistes russes s'attelleront à faire à l'aide de leur méthode.

## 2. La méthode formelle

L'un des principaux apports du formalisme russe réside en sa méthode particulière. Le mouvement ne s'est pas contenté, à l'instar de ses prédécesseurs, de proposer simplement une nouvelle théorie littéraire. Il utilise des outils nouveaux, préconisant une façon de faire différente pour analyser les textes littéraires.

<sup>13</sup> En français, « société pour l'étude de la langue poétique » : « *Obščestvo izučenia POetičeskovo ĹAZyka* ».

<sup>14</sup> V. CHKLOVSKI, « L'Art comme procédé », *Recueils sur la théorie du langage poétique*, fasc. 2, 1917.

<sup>15</sup> T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », in *L'Homme*, 1965, tome 5, n° 1, p. 66.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 73-74.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 67.

*Les outils.* Les formalistes ont recours à divers outils et procédés pouvant provenir d'autres disciplines<sup>18</sup>. Ils n'hésitent pas, par exemple, à puiser dans les mathématiques la théorie des chaînes de Markoff ou les statistiques pour analyser les textes<sup>19</sup>.

Ces techniques visent à faire apparaître la relation entre les différents éléments des œuvres, chacun trouvant sa signification dans ses rapports avec les autres. Ces rapports s'établissent en fonction d'une hiérarchie de niveaux et de plans. Les premiers correspondent à des rangs qui renvoient à l'œuvre elle-même, à la littérature nationale, ou à la littérature en général, et les seconds, aux types d'approches : syntaxique, morphologique, phonique...<sup>20</sup>

*Illustrations.* Chaque élément est classé suivant sa fonction au sein de l'œuvre. Ainsi, Vladimir Propp, dans son étude des contes fantastiques, établit un découpage, distinguant entre les composants ceux qui servent à exprimer le changement, la substitution, ou l'assimilation<sup>21</sup>.

Les formalistes russes révèlent par ailleurs que les récits eux-mêmes peuvent être présentés sous deux formes. Avec la construction en paliers, les termes ont toujours un trait commun, tandis que la construction en boucle repose sur une opposition : un renversement s'opère au cours du récit, la fin rejoignant le début<sup>22</sup>. Le roman policier est un cas typique des œuvres en paliers. Quant à l'écriture en boucle, elle se retrouve plutôt dans des histoires telles que le mythe d'Œdipe, où les personnages essaient de déjouer une prophétie qui se réalise néanmoins à la fin.

Le souci de la forme amène les auteurs russes à privilégier l'examen de la motivation esthétique, qui consiste à s'intéresser à la façon d'introduire dans le récit les différents éléments<sup>23</sup>. Dans cette optique a été mis en lumière le procédé de singularisation consistant à décrire une réalité sous le prisme d'un point de vue décalé : dans sa nouvelle *Kholstomer*, Léon Tolstoï imagine le monde à travers les yeux d'une vache.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 79-80.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 68-69.

<sup>21</sup> Cité par T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *ibid.*, p. 72.

<sup>22</sup> Distinction élaborée par Victor CHKLOVSKI, citée par T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *ibid.*, p. 76.

<sup>23</sup> B. TOMACHEVSKI, « Thématique », in T. TODOROV (dir.), *Théorie de la littérature, op. cit.*, p. 267-312, spéc. p. 294-297.

L'esthétique prévaut ainsi sur le réalisme<sup>24</sup>, qui insiste sur l'importance de la vraisemblance, et sur la composition, pour laquelle toute action ou tout objet évoqué doit avoir un rôle dans l'histoire<sup>25</sup>. En effet, comme l'indique Aleksandr Skaftymov à propos d'une chanson épique,

« la fin tragique [...] est probablement suggérée par sa source historique ou légendaire, mais la motivation de la disgrâce [de l'un des personnages]... ne se justifie par aucune réalité historique. Aucune tendance morale ne joue non plus. Il reste uniquement l'orientation esthétique, elle seule donne son sens à l'origine de ce tableau et le justifie »<sup>26</sup>.

Enfin, l'histoire de la littérature peut être expliquée par l'évolution de la forme, qui suit plusieurs étapes. Tout d'abord, une forme s'impose dans le style littéraire. En réaction surgit une œuvre qui propose une nouvelle forme<sup>27</sup>. Enfin celle-ci s'installe et se banalise. Le cycle recommence alors. C'est pourquoi l'évolution littéraire peut être conçue comme une « succession dialectique de formes »<sup>28</sup>.

Ainsi, au moyen de cette méthode nouvelle, les formalistes russes entreprennent de tâcher de découvrir ce qui fait véritablement la particularité de la littérature au regard des autres textes.

## **B. Une recherche identique de spécificité**

Cette présentation du mouvement formaliste russe nous a permis de voir qu'il propose une approche particulièrement riche et originale de la littérature. Or cette théorie littéraire présente de nombreuses similarités avec des théories juridiques. Nous verrons que, de même que certaines théories juridiques sont en quête d'une autonomie du droit, de même le formalisme russe recherche ce qu'est un fait littéraire. La question est identique: elle est de savoir ce qui fait la spécificité de l'objet d'étude (1). Par ailleurs, droit et littérature eux-mêmes présentent une ressemblance autour de la notion de système (2).

### *1. La quête commune d'un objet autonome*

L'une des difficultés majeures, en droit comme en littérature, est d'appréhender l'objet d'étude, de le cerner, de le délimiter avec précision.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 289-294.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 286-289.

<sup>26</sup> Cité par T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 72.

<sup>27</sup> Iouri Tynianov, cité par T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *ibid.*, p. 82.

<sup>28</sup> B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 70.

*Difficulté d'appréhension de l'objet.* L'objectif du formalisme russe est ainsi de dégager ce qui fait l'essence de son objet<sup>29</sup>, la « littérature »<sup>30</sup>. Plusieurs définitions de la littérature avaient été envisagées à travers les siècles. Fut d'abord retenu, à partir de l'idée d'imitation propre aux œuvres d'art, le critère de la fiction. Mais celui-ci se révéla insatisfaisant : il ne permettait pas de rendre compte de la poésie, qui fait rarement référence à une réalité extérieure, ni d'opérer un départage avec les œuvres de fiction telles que les mythes qui ne relèvent pas nécessairement de la littérature. Émergea donc au XVIII<sup>e</sup> siècle une nouvelle approche, qui faisait référence au beau, par opposition à l'utilitaire : « c'est bien plus beau lorsque c'est inutile ! », comme dirait Cyrano. Un renversement s'opérait : la visée structurelle prit le pas sur le message. Les Romantiques et les symboliques s'engagèrent dans cette voie. Toutefois, si ce vers quoi tendait la littérature était désormais clair, il importait de s'enquérir des moyens spécifiques qu'elle utilisait afin d'y parvenir<sup>31</sup>. Tynianov explique ainsi qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les karamzimistes proclamaient que le langage littéraire se devait d'être soutenu, ce à quoi s'opposaient les archaïstes<sup>32</sup>. C'est pourquoi les formalistes russes se sont encore heurtés au problème de la définition de leur objet. S'il était facile d'identifier des « faits littéraires », cerner la littérature continuait d'être un défi<sup>33</sup>.

De la même façon, il est possible d'appréhender des manifestations du droit : Christian Atias parle de « phénomène juridique » que l'épistémologie pourrait étudier, sans se cantonner à une définition qui risquerait de se révéler réductrice<sup>34</sup>. Car celle-ci est loin de faire l'unanimité, et le droit pourrait être assimilé aux « concepts essentiellement contestés » de Walter Bryce Gallie<sup>35</sup>.

*La nécessité d'une méthode propre.* Selon les formalistes russes, la difficulté réside en la confusion des procédés et des disciplines<sup>36</sup>. Ils entreprennent donc d'élaborer une méthode propre. C'est elle qui leur permettra d'envisager la littérature comme une « pure forme »<sup>37</sup>, en dépassant l'antagonisme avec le fond. Ainsi, Tynianov relativise l'opposition dégagee par Chklovski entre le procédé et le matériau : le matériau relève également de la forme, puisqu'il participe de la construction de l'œuvre<sup>38</sup>. Cette notion de construction lui servira ensuite à

<sup>29</sup> Iouri TYNIANOV, cité par B. EIXENBAUM, « La théorie de la “méthode formelle” », *ibid.*, p. 64.

<sup>30</sup> R. JAKOBSON, *La nouvelle poésie russe*, Prague, Esquisse 1, 1921, p. 11.

<sup>31</sup> T. TODOROV, *La notion de littérature et autres essais*, Paris, éd. du Seuil, 1987, p. 12-16.

<sup>32</sup> I. TYNIANOV, *Formalisme et histoire littéraire*, Lausanne, éd. l'Âge d'Homme, 1991, trad. par C. Depretto-Genty, spéc. p. 45-48.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>34</sup> C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 1985, p. 93-94, § 52.

<sup>35</sup> W. B. Gallie, « Les concepts essentiellement contestés », *Philosophie*, 2014, vol. 3, n° 122, trad. par O. TINLAND, p. 9-33.

<sup>36</sup> B. EIXENBAUM, « La théorie de la “méthode formelle” », *op. cit.*, p. 35.

<sup>37</sup> T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 73.

<sup>38</sup> I. TYNIANOV, cité par B. EIXENBAUM, « La théorie de la “méthode formelle” », *op. cit.*, p. 63.

distinguer le vers et la prose, à travers la fonction du rythme: dominante ou secondaire<sup>39</sup>. À l'opposé des symbolistes pour lesquels la forme n'est qu'un reflet du fond, les formalistes russes envisagent donc la forme comme un fond: elle n'est pas qu'un contenant, mais comporte un contenu en elle-même<sup>40</sup>.

Or le formalisme russe, dans son traitement tant de l'évolution que de la signification des œuvres, propose une meilleure explication des faits littéraires que les courants qui l'ont précédé. Pour Boris Eixenbaum, membre de l'*Opoïaz*, l'équation « poésie = image » prônée par certains courants littéraires ne permettait pas de comprendre certains aspects essentiels de la poésie tels que le rythme, les sons, la syntaxe<sup>41</sup>. L'image n'est en réalité qu'un moyen parmi d'autres<sup>42</sup>. Ce qui fait la spécificité de la poésie est bien plutôt la « désautomatisation »: elle jette un nouveau regard sur ce qui a déjà été vu, et sublime jusqu'aux instants de la vie courante qui pourraient sembler insignifiants<sup>43</sup>. Les mots eux-mêmes font l'objet de cette défamiliarisation, détachés de leur signification ordinaire et redécouverts à travers leur agencement littéraire<sup>44</sup>.

Or le problème de confusion des disciplines auquel s'est heurté le formalisme russe se retrouve en droit. Le même phénomène est abordé par les juristes, mais également par les sociologues, les économistes... Par exemple, le contrat est à la fois une opération juridique et économique. Julien Freund soulignait toutefois que « l'autonomie épistémologique n'implique pas nécessairement une autonomie phénoménologique »<sup>45</sup>. Les juristes peuvent disposer d'une science du droit spécifique, bien que l'objet droit, à l'instar de l'objet littérature, ne soit pas nécessairement pur de considérations sociologiques, psychologiques, économiques... La difficulté réside peut-être simplement dans l'élaboration d'une méthode spécifique, qui permettrait de déceler ce qui fait la juridicité, au-delà des autres analyses. Les formalistes russes, par leur approche novatrice, ont réussi à proposer des distinctions plus intéressantes. Pourquoi ne pas tenter de la transposer en droit? Il est possible que ce soit par une nouvelle méthode que les juristes pourront cerner le juridique<sup>46</sup>. D'autant que l'objet des théories juridiques et celui du formalisme russe présentent des ressemblances.

<sup>39</sup> M. AUCOUTURIER, *Le formalisme russe*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je? », 1994, p. 51.

<sup>40</sup> « Pour nous la notion de forme s'était confondue peu à peu avec la notion de littérature, avec la notion de fait littéraire » (B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 47).

<sup>41</sup> B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *ibid.*, p. 41.

<sup>42</sup> V. CHKLOVSKI, *Sur la théorie de la prose*, Lausanne, éd. l'Âge d'Homme, 1973, trad. par G. VERRRET, p. 12.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 15-16.

<sup>44</sup> M. AUCOUTURIER, *Le formalisme russe*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>45</sup> J. FREUND, « Droit et politique. Essai de définition du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 16, 1971, p. 15-35. Voir B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 37.

<sup>46</sup> « La méthode est l'élément qui donne sa signification scientifique pour la doctrine du droit à l'objet étudié » (J.-Y. CHEROT, « Le droit en contexte global », *RRJ*, n° 5, *Cahiers de méthodologie*

## 2. Une même caractéristique: le système

Au-delà des quêtes respectives des théories juridiques et littéraires, les objets droit comme littérature ont une caractéristique commune: ils peuvent s'organiser en un système et comportent une structure particulière.

*La notion centrale de système.* À la différence des autres théories littéraires de l'époque, le formalisme russe a choisi de se tourner vers la linguistique<sup>47</sup>. Il s'est inspiré des travaux de Ferdinand de Saussure, qui s'est heurté lui aussi au problème de la définition de l'objet, qu'il identifie dans la langue, envisagée comme un système<sup>48</sup>. Selon lui, les signes verbaux sont arbitraires et ne se comprennent que dans leur rapport avec les autres termes. Par exemple, le mot « bœuf » n'a de sens que par opposition à « vache » et à « taureau »<sup>49</sup>. Les formalistes russes connaîtront ces travaux par Sergeï Karcevski, qui étudia à Genève et enseigna lui-même ensuite à l'Académie des Sciences de Moscou. Sur cette base, ils dégagent alors une présentation de l'œuvre littéraire comme un système, fondant cette idée sur la spécificité du langage<sup>50</sup>. Ils font reposer leur théorie sur la structure de la langue, ce qui est pour eux un gage de scientificité, puisqu'à l'époque les lois de la linguistique paraissaient aussi sûres que des axiomes mathématiques<sup>51</sup>.

Cette approche peut être étendue au droit. Comme a pu l'écrire le Professeur Jean-Louis Bergel, « pour être à la fois acceptable, praticable et efficace, le droit doit constituer un ensemble cohérent d'éléments interdépendants, c'est-à-dire un système »<sup>52</sup>. Les deux objets droit et littérature ont donc ce point commun d'être organisés en système qui peut être analysé au moyen de sa structure.

*Un système reposant sur sa structure.* Les formalistes russes étudient chaque élément de l'œuvre en fonction de ses relations avec les autres parties du texte<sup>53</sup>. Ce qui fait écho à l'interprétation systémique en droit, qui entreprend de découvrir le sens

*juridique*, 2018, p. 2120); l'ouvrage bien connu de Gadamer s'intitule d'ailleurs *Vérité et méthode*. Sur l'importance de la méthode, voir C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, PUF, *op. cit.*, spéc. p. 89-93 § 49-51, et p. 175-191 § 90-97; pour la question du travail de la connaissance juridique sur son objet, p. 147-151 § 79; E. P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *Archives de Philosophie du droit*, t. 23, 1978, p. 265-293.

<sup>47</sup> B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 36.

<sup>48</sup> F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Bally et Sechehaye, 1971, p. 24-25.

<sup>49</sup> « La partie conceptuelle de la valeur [d'un terme] est constituée uniquement par des rapports et des différences avec les autres termes de la langue » (*ibid.*, p. 163).

<sup>50</sup> T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 66-68.

<sup>51</sup> J.-M. GOUVARD, *L'analyse de la poésie*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, p. 94.

<sup>52</sup> J.-L. BERGEL, « Méthodologie juridique », Paris, PUF, coll. « Thémis », 1<sup>re</sup> éd., 2001, p. 1021. La présentation du droit comme un système est admise quasi unanimement: M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques: réflexions sur la systématisme du droit », *Les Cahiers de Droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, p. 352-353.

<sup>53</sup> T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 67.

d'un article de loi au regard du Code dans lequel il s'insère<sup>54</sup>. Cette idée découle du langage lui-même : un mot ne se comprend véritablement qu'au travers du contexte dans lequel il est utilisé, voire de l'intonation.

Néanmoins, le formalisme s'éloigne de l'interprétation systémique, car son but n'est pas d'étudier une proposition au regard du texte, mais de s'intéresser à la structure globale de celui-ci. Le prisme de la structure permet déjà en littérature de mieux cerner la différence entre une nouvelle et un roman : l'apothéose d'une nouvelle coïncide avec sa fin, tandis que, dans un roman, elle se trouve avant la clôture de l'histoire<sup>55</sup>.

Or, à l'instar de la littérature, le droit peut être analysé au moyen de sa structure : « les concepts, les catégories, les institutions, les principes généraux... sont les "structures" ou, plutôt, l'armature ou l'ossature du système juridique »<sup>56</sup>. Et il répond à une exigence de cohérence qui se retrouve dans trois « couches » ou « strates »<sup>57</sup>. La première renvoie à la nécessité d'une correspondance avec les précédents textuels et jurisprudentiels<sup>58</sup>. La deuxième se rapporte au savoir juridique : la doctrine élabore des théories afin de présenter harmonieusement les dispositions, leur donnant une unité. La nature juridique est utilisée à cette fin, organisant entre elles les catégories : chaque institution est rattachée à un ensemble plus vaste, qui constitue sa nature juridique. C'est le cas par exemple de la vente, qui appartient à la catégorie de contrat, elle-même englobée dans celle d'obligation. Ce qui n'est pas sans rappeler les principes aristotéliens, qui exigent de préciser dans chaque définition le genre prochain ainsi que la différence spécifique<sup>59</sup>. La troisième couche est plus obscure : c'est le postulat doctrinal de la cohérence du droit. Des distinctions seront élaborées afin de conserver cette cohérence présumée. Il s'agit donc effectivement d'un véritable système structuré.

<sup>54</sup> Voir C. ATIAS, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 146, § 287 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 1022.

<sup>55</sup> B. EIXENBAUM, cité par T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 75-76.

<sup>56</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 27. Voy. aussi M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit », *op. cit.*, p. 351-378, spéc. p. 371-372, qui montre qu'il est beaucoup plus intéressant d'étudier le droit comme un système organisé par ses catégories que comme un système de normes, à l'instar de ce que proposent des auteurs comme Hans Kelsen et Niklas Luhmann.

<sup>57</sup> Voir C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, Précis, 1<sup>re</sup> éd., 2002, p. 198, § 335.

<sup>58</sup> Ronald Dworkin a insisté sur l'importance de cette correspondance qu'il appelle « fit », notamment au travers de sa métaphore du roman à la chaîne : *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 225-240.

<sup>59</sup> La présentation de la définition comme devant présenter un « genre prochain » et une « différence spécifique » vient de Porphyre (Isagogè, 9, -5), qui synthétise ainsi les principes développés par Aristote dans ses *Topiques* (I, 4, 101 b, 20-25 et I, 5).

Le droit comme la littérature répondent ainsi à la caractéristique commune du système. Les deux approches ayant une même quête, la transposition au droit de la méthode formelle paraît pertinente.

## II. De la pertinence d'un traitement formaliste du droit

La conception de la littérature par le formalisme russe trouve une résonance dans la dogmatique et le raisonnement juridiques : leur scientificité se trouverait uniquement dans la forme (A). Toutefois, si la forme importe, elle ne se suffit pas à elle-même pour dégager l'essence du droit si bien que le formalisme ne peut pas à lui seul permettre de définir le droit (B).

### A. Le droit comme forme ?

Pour Todorov,

« le but de la recherche [formaliste] est la description du fonctionnement du système littéraire, l'analyse de ses éléments constitutifs et la mise à jour de ses lois, ou, dans un sens plus étroit, la description scientifique d'un texte littéraire et, à partir de là, l'établissement de rapports entre ses éléments »<sup>60</sup>.

Cette définition pourrait être transposée *in extenso* à la recherche juridique, dont l'objet est effectivement la description du fonctionnement du système juridique, l'analyse de ses éléments constitutifs et l'établissement de rapports entre ces éléments. La dogmatique juridique est en effet « le domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes »<sup>61</sup>. Les méthodes employées sont identiques sur bien des points (1), et le formalisme russe pourrait avoir un apport pour le droit, spécialement en matière de qualification et d'intention de l'auteur (2).

#### 1. Identité des méthodes

Le formalisme russe se rapproche tout particulièrement de la méthodologie juridique, notamment en ce qui concerne l'élaboration des catégories juridiques et l'étude du raisonnement juridique.

<sup>60</sup> T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 67.

<sup>61</sup> A. AARNIO, « Dogmatique juridique », in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 188.

*Les catégories*<sup>62</sup> *juridiques*. La formation des catégories juridiques ressemble à s’y méprendre à la méthode formaliste des traits distinctifs, qui préconise, plutôt que de comparer deux personnages en les prenant chacun dans son ensemble, de les décomposer en dégagant leurs caractéristiques afin de les opposer ou au contraire de les rapprocher<sup>63</sup>.

Les catégories en droit suivent en effet le même procédé. De l’étude des phénomènes juridiques sont tirées des constantes. Ces caractéristiques permettront ensuite la qualification, car il suffira de vérifier leur présence dans la situation de fait<sup>64</sup>. Les catégories correspondent ainsi à la structure des objets qu’elles recouvrent.

En outre, l’approche fonctionnelle de la méthode formaliste russe résonne avec l’agencement des catégories juridiques. Chacune d’elles ne peut se comprendre qu’au regard des autres. En droit des contrats par exemple, l’erreur n’aura de sens qu’en rapport avec le dol, la violence, les vices cachés, le défaut de conformité. Et chaque catégorie pourra occuper une fonction différente selon les cas : ainsi, la nullité sera considérée comme le régime seulement si elle est mise en relation avec l’un des vices du consentement. Mais, si elle est opposée à la responsabilité civile, elle deviendra la nature, ayant alors pour régime les restitutions. Une différence de nature entraînant une différence de régime<sup>65</sup>, cette approche permettra de mettre en lumière la distinction entre les restitutions et la réparation. Par ailleurs, les normes sont elles-mêmes des mises en relation entre des catégories : les vices du consentement seront reliés à la nullité pour former une nouvelle règle<sup>66</sup>.

Certains auteurs vont encore plus loin, estimant que les catégories juridiques ne sont en réalité que des condensés de conditions et d’effets<sup>67</sup>. En droit civil, les articles présentant les contrats spéciaux semblent y faire écho, puisqu’ils se contentent de décrire les obligations des parties, sans donner de véritable définition<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> Sur la distinction entre concept, notion, catégorie, etc., voir X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l’intérêt d’une distinction... », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2010, p. 21 sq. ; W. DROSS, « L’identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ*, n° 5, *Cahiers de méthodologie juridique*, 2012, p. 2229-2235. Dans la présente étude, nous utiliserons uniquement le couple catégorie/qualification, sans entrer dans la distinction entre les concepts et les notions.

<sup>63</sup> T. TODOROV, « L’héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 70.

<sup>64</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>65</sup> J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ*, 1984, p. 255-272.

<sup>66</sup> F. ROUVIÈRE, « Autour de la distinction entre règle et concept », *RRJ*, n° 5, *Cahiers de méthodologie juridique*, 2013, p. 2017-2027.

<sup>67</sup> A. ROSS, « Tû-Tû », *Enquête*, 1999, n° 7, p. 263-279 ; qu’il est possible de rapprocher des « concepts auxiliaires » de Hans Kelsen : *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique » 1999, p. 189.

<sup>68</sup> C. ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016, p. 105.

Enfin, en droit comme en littérature, les catégories doivent s'adapter à la réalité qu'elles entendent désigner. Les formalistes russes ont à cœur de ne pas faire des principes dégagés des absolus. Ils n'hésitent pas à les rectifier à mesure de leur étude des différentes œuvres littéraires<sup>69</sup>.

De la même façon, les catégories juridiques ne sont jamais complètement déterminées : il est impossible de tout prévoir, de tout appréhender. Mais la rencontre avec la réalité, avec les nouveaux cas qui se présenteront, leur permettra de s'affiner, de se nuancer, de s'étoffer. Les catégories s'étendent à mesure qu'elles se heurtent à des situations inédites<sup>70</sup>. Ainsi, lorsqu'il est confronté à un conflit de qualification, le juge se trouvera contraint de trouver un critère de distinction entre les dénominations proposées. Les espèces permettent alors de redessiner les contours des catégories<sup>71</sup>, et, par là, de mieux cerner l'identité des êtres qui en relèvent. Or la limite – du grec *τὸ πέρας*<sup>72</sup> – est ce qui révèle l'être, en le différenciant du non-être, comme l'explique Heidegger<sup>73</sup>. À chaque fois que se présente une dénomination controversée, le juge devra donner la limite de l'une des catégories, en déterminer la frontière, faire le départ avec les autres catégories en lice afin de pouvoir qualifier. Il dira par exemple qu'un contrat d'entreprise porte sur une chose spécifique effectuée en vue de répondre à des besoins particuliers, alors qu'une vente concerne un bien standard<sup>74</sup>. Ce qui permettra de préciser par là même le contenu de la vente : sa spécificité ne réside pas uniquement dans le transfert de propriété, puisqu'elle le partage avec d'autres contrats ; elle vient également de ce que la chose est à prendre ou à laisser, qu'il n'y aura pas véritablement d'adaptation aux *desiderata* de l'acquéreur. Le bien vendu ne prendra pas en compte les demandes exprimées : au contraire, il viendra susciter un désir d'acquisition.

<sup>69</sup> T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 67.

<sup>70</sup> Voir C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2009, p. 233-251, § 347 à 368 ; O. A. GHIRARDI, « Quelques réflexions sur une loi logique qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux », *RRJ*, 1985, n° 3, p. 724.

<sup>71</sup> F. ROUVIÈRE, « La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ*, n° 5, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 32, 2018, p. 1999.

<sup>72</sup> Prononcer « *to péras* ».

<sup>73</sup> « [La limite] n'est rien qui vienne d'abord de l'extérieur s'ajouter à l'étant. Elle est encore bien moins un manque, une amputation. L'arrêt, la rétention à partir de la limite, le se-posséder dans lequel le stable se tient, c'est cela qui est l'être de l'étant, et qui constitue d'abord l'étant comme tel, en le différenciant du non-étant » (Martin Heidegger, cité par G. LIICEANU, *De la limite, Petit traité à l'usage des orgueilleux*, Paris, Michalon, 1997, trad. A. Laignel-Lavastine, p. 185-186).

<sup>74</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 fév. 1985, n° 83-16.675 et Cass. com. 4 juil. 1989, n° 88-14.371 (*JCP G*, n° 24, 13 juin 1990, II, p. 21515 sq., note Y. DAGORNE-LABBE ; *Petites affiches*, n° 35, 21 mars 1990, p. 11 sq., note D. GIBIRILA ; *RTD civ.*, 1990, p. 105 sq., note P. REMY ; *D.*, 1990, p. 246 sq., note G. VIRASSAMY).

*Le raisonnement juridique.* Par ailleurs, le raisonnement juridique peut être appréhendé au moyen de sa structure, méthode centrale chez les formalistes russes. Le rapprocher de formes générales en le qualifiant de déductif ou d'inductif, d'analytique ou de synthétique, permet de mieux le cerner<sup>75</sup>. La méthode russe pourrait permettre de renouveler ces formes, à l'instar de ce qu'elle a fait lorsqu'elle a proposé une autre distinction pour la nouvelle et le roman<sup>76</sup>.

De la même manière, la structure se révèle décisive pour l'étude de l'argumentation juridique : le découpage en catégories améliore la compréhension et la réfutation du discours. D'après l'étude menée par Monsieur Franck Haid, le raisonnement juridique s'appuie sur dix-sept grandes classes d'arguments<sup>77</sup>. Trois d'entre elles occupent une place prépondérante : la lettre des textes, leur esprit et la jurisprudence. La Cour de cassation et le Conseil d'État les utilisent de manière presque systématique<sup>78</sup>.

## 2. De possibles apports du formalisme russe au droit : les exemples de la qualification et de l'intention de l'auteur

Sans nécessairement être identiques, d'autres procédés juridiques pourraient être utilement rapprochés du formalisme russe.

*La qualification.* Les juristes raisonnent souvent en recherchant la nature des choses, des actes, des situations. Cette méthode est au fondement même de l'opération de qualification. Le raisonnement des formalistes russes est tout autre. En développant le principe de la signification fonctionnelle des éléments d'une œuvre, Boris Tomachevski utilise le procédé de la substitution. Entre dans un concept tout objet qui remplit la même fonction<sup>79</sup>.

Cette logique pourrait éventuellement être transposée en droit. S'il est difficile de savoir quelle est la fonction d'entités empiriques telles qu'un être humain, un immeuble, les actes juridiques et les institutions en revanche pourraient gagner à être analysés par ce biais<sup>80</sup>. Les organisations internationales

<sup>75</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>76</sup> B. EIXENBAUM, cité par T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 75-76.

<sup>77</sup> Voir dans la même revue F. HAID, « Formalisme et interprétation libérale : un lien nécessaire ? ».

<sup>78</sup> P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013.

<sup>79</sup> T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 70.

<sup>80</sup> « Le droit consacre donc des "classifications empiriques" qui se fondent sur l'observation brute des réalités naturelles, comme une personne ou une chose, un individu ou un groupe et, d'autre part, des classifications dites "constructionnistes" qui procèdent de constructions intellectuelles, comme les divers types de biens ou de contrats ou les diverses formes d'États » (J.-L. BERGEL, « Ouverture », in G. WERNERT (dir.), *Les catégories en droit*, Paris, Mare & Martin, coll. des Presses universitaires de Sceaux, 2017, p. 16).

sont déjà définies par leur but, donc par le rôle qu'elles remplissent. Envisagé par sa fonction, le mariage peut être défini comme l'institution permettant à la société de se perpétuer de manière pérenne en fondant une microsociété, la famille. Depuis 2013, son cadre traditionnel a été bouleversé. L'analyse du mariage sous le prisme de sa fonction permet alors de comprendre pourquoi cette réforme pourrait mener à la légalisation de la PMA pour toutes et de la GPA. En effet, les couples de personnes de même sexe ne pouvant pas naturellement procréer, il n'est possible de conserver au mariage sa fonction de perpétuer la société en fondant une famille qu'en leur ouvrant la possibilité de recourir à d'autres techniques pour avoir des enfants.

*L'intention de l'auteur.* Par ailleurs, les formalistes ont réussi à dépasser l'intention de l'auteur par l'analyse de la structure. Selon eux, une œuvre peut être étudiée en soi, indépendamment de l'écrivain<sup>81</sup>.

En droit, l'intention du législateur pose souvent problème. Christian Atias explique que « s'il fallait y voir une volonté historiquement exprimée, elle serait largement mythique »<sup>82</sup>. En effet, peuvent être recherchés les travaux préparatoires. Toutefois, ils sont parfois difficiles à trouver, notamment lorsque le texte est ancien. De plus, les débats à l'Assemblée expriment souvent des divergences dans les opinions des députés chargés de voter la loi : que signifie l'intention du législateur lorsqu'il se compose de plus de cinq cents personnes, qui n'ont pas toutes les mêmes buts ? De surcroît, la lettre ne reflète pas toujours l'intention exacte de son auteur. C'est la différence entre « *what is said* » et « *what is meant* »<sup>83</sup>. La lettre peut trahir l'esprit, ou ne le refléter qu'imparfaitement. Invoquer l'intention de l'auteur mène donc souvent à faire dire au texte autre chose, à l'extrapoler, ou encore à faire intervenir des opinions politiques, des positions personnelles, des valeurs morales<sup>84</sup>. Alors que, en droit, le principe veut que « le législateur [ne soit] pas négligent »<sup>85</sup>.

Les juristes ne parviennent pas à faire le deuil de l'auteur. Même lorsqu'ils écartent le législateur, l'interprète le remplace : « la Constitution [ – et par conséquent toute norme – ] est ce que les juges disent qu'elle est »<sup>86</sup>, selon les réalistes.

<sup>81</sup> En effet, affirme Boris Eichenbaum, « aucune phrase de l'œuvre littéraire ne peut être, en soi, une expression directe des sentiments personnels de l'auteur ». Cité par T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 68.

<sup>82</sup> C. ATIAS, *Devenir juriste*, *op. cit.*, § 287, p. 146.

<sup>83</sup> Ce qu'on dit et ce qu'on veut dire : H. P. GRICE, « Logic and conversation », in P. COLE, J. L. MORGAN, *Syntax and Semantics*, vol. 3. New York, Academic Press, 1975, p. 41-58.

<sup>84</sup> Voir l'introduction de A. SCALLA, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1<sup>re</sup> éd., 1998.

<sup>85</sup> Voir S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018, p. 100.

<sup>86</sup> C. E. HUGUES, *Adresses*, New-York, 1908. Le Professeur Michel Troper reprend cette idée : « la loi est ce que le juge dit qu'elle est » (M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 50, 2002/2, p. 335).

S’inspirer des formalistes russes, déclarer la « mort de l’auteur »<sup>87</sup>, pourrait permettre de les libérer<sup>88</sup>.

Ce problème serait toutefois difficile à résoudre par la seule structure des énoncés. Les formalistes russes ne s’intéressent pas au sens du texte en lui-même, mais à celui de sa forme. Le parallèle avec le droit reste limité.

### **B. Les critiques adressées aux formalismes : le droit comme fond ?**

La méthode formaliste russe, bien qu’intéressante, comporte des insuffisances qui rendent son apport pour le droit limité (1). Par ailleurs, l’objet droit lui-même semble difficilement réductible à une approche formaliste (2).

#### *1. Les insuffisances de la méthode formaliste russe pour le droit*

Le formalisme russe, tant par sa théorie que par ses outils, est insuffisant. Si bien que son apport pour le droit s’avère limité.

*Insuffisances pour la transposition.* Les formalistes russes refusent d’élaborer une théorie, se fondant uniquement sur des œuvres isolées. Ce faisant, il leur est toutefois difficile de prétendre avoir décelé la littérarité. Eux-mêmes reconnaissent que leur analyse échoue à tracer une frontière claire entre littérature et non-littérature<sup>89</sup>. Si leur méthode peut être transposée au droit, il n’en demeure pas moins hasardeux qu’elle parvienne à découvrir ce qui fait la juridicité.

De plus, le formalisme russe apporte des outils afin de disséquer une œuvre littéraire. Cependant, il ne permet pas d’interpréter un énoncé en soi – ce n’est pas son but –, alors que les juristes, eux, ont souvent besoin d’interpréter les textes : « loi + interprétation = droit », écrivent certains auteurs<sup>90</sup>. La forme en elle-même ne permet pas de comprendre, même si elle permet d’analyser. Dès lors qu’il s’agit de saisir la signification, il est nécessaire de faire référence au contenu. La construction elle-même y renvoie, admettent les formalistes russes<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> C’est le titre de l’un d’un essai de Roland Barthes publié en 1967.

<sup>88</sup> Michel Foucault disait de l’auteur qu’il était « la figure idéologique par laquelle on conjure la prolifération du sens » (M. FOUCAULT, « Qu’est-ce qu’un auteur ? », *Bulletin de la Société française de philosophie*, n° 3, 1969, p. 73-104). Voy. aussi M. ANTAKI et A. POPOVICI, « Barthes et les lieux communs du droit », in J. GUITTARD et E. NICOLAS (dir.), *Barthes face à la norme : Droit, pouvoir, autorité et langage*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 225. Ce qui fait d’ailleurs écho à la « libre recherche scientifique » de François Géný : *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, préf. R. Saleilles.

<sup>89</sup> T. TODOROV, « L’héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 67.

<sup>90</sup> V. FORRAY et S. PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer - Essai sur la déécriture du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2017, p. 34.

<sup>91</sup> Iouri Tynianov a ainsi mis en lumière l’« union intime entre la signification des mots et la construction du vers » (B. EIXENBAUM, « La théorie de la “méthode formelle” », *op. cit.*, p. 62).

*L'irréductibilité du droit à de la littérature.* En outre, même s'ils avaient atteint leur objectif, le droit et la littérature demeurent deux disciplines très différentes. Les textes juridiques demeurent irréductibles à de la seule littérature, même si des auteurs comme Stendhal ont pu s'en inspirer pour écrire<sup>92</sup>. En effet, ils ont une force normative indéniable. Ils sont doués d'un véritable caractère performatif<sup>93</sup>, qui leur vient de ce que leurs auteurs sont dotés de l'*auctoritas*, c'est-à-dire de l'autorité légitime, de laquelle découlera au besoin la *postestas*, donc la force contraignante<sup>94</sup>. Dès que le législateur ou le juge est intervenu, « rien n'est plus comme avant »<sup>95</sup>. Ils instituent une vérité nouvelle dont il faudra tenir compte<sup>96</sup>. En effet, tandis que littérature ne recherche pas de solution pratique, ne s'intéressant pas à des cas concrets, le droit est un savoir au service de l'action<sup>97</sup>.

En outre, le formalisme littéraire et le formalisme juridique traitent certes tous deux de la forme, mais, bien que le terme utilisé soit commun, il ne recouvre pas dans l'un et l'autre cas la même réalité. Dans la théorie russe, il revêt une signification beaucoup plus mathématique<sup>98</sup> qu'en droit, où il repose principalement sur « le respect des formes, de la procédure, du texte, même oral »<sup>99</sup>. Posé en principe absolu, le formalisme juridique peut présenter des faiblesses : les mouvements réalistes sont d'ailleurs nés en réaction à ses excès<sup>100</sup>.

## 2. *Le droit, une irréductibilité à une approche formaliste*

La spécificité du droit le rend difficilement réductible uniquement à une approche formaliste, qu'il s'agisse de ses catégories ou de son essence.

<sup>92</sup> « En composant la Chartreuse, pour prendre le tour, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel » : lettre de Stendhal à Balzac du 10 octobre 1840, citée par Gabriel de BROGLIE, « La langue du Code civil », *Académie des sciences morales et politiques*, Séance solennelle du 15 mars 2004.

<sup>93</sup> Voir J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, éd. du Seuil, 1970.

<sup>94</sup> Sur cette question, voir A. SERIAUX, *Le droit comme langage*, *op. cit.*, chapitre 6 « Un discours qui change le monde. Le caractère performatif des énoncés juridiques », § 26-30 et chapitre 8 « “*Auctoritas facit ius*”. Une archéologie de l'ordre juridique », § 36-40.

<sup>95</sup> A. SERIAUX, *Le droit comme langage*, *op. cit.*, § 26-30.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Appartenance du droit aux deux secteurs de la connaissance et de l'action : C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, *op. cit.*, p. 36, § 46.

<sup>98</sup> Voir *supra* « La méthode formelle ».

<sup>99</sup> S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Paris, PUF, 2018, p. 86. Il existe toutefois plusieurs types de formalismes : sur cette question, voir les autres contributions de l'ouvrage.

<sup>100</sup> Voir par exemple, pour le cas du réalisme américain : R. POUND, « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review*, n° 8, 1908, p. 605 sq. ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 265-284.

*Catégories construites et données.* Les formalistes russes ont une vision des concepts très détachée du réel. Pour eux, un mot est un signe purement conventionnel, qui ne se comprend que dans sa relation avec les autres<sup>101</sup>.

Toutefois, les mots doivent nécessairement correspondre à la réalité qu'ils entendent désigner. Ils ne peuvent signifier que s'ils renvoient au moins à une facette de l'objet auquel ils font référence<sup>102</sup>. C'est pourquoi, en droit, le législateur ne peut tout faire. Les catégories juridiques, au-delà du construit, doivent refléter un donné<sup>103</sup>.

Pour cette raison, la perspective fonctionnaliste ne convient pas au droit. En effet, si les catégories étaient dénuées de tout contenu, il serait impossible de parler de « nature juridique » en présence de cas qui ne seraient pas expressément prévus par les textes. Ainsi, comment savoir si tel acte est une vente ou un bail par exemple, si le comportement incriminé est un meurtre ou de la légitime défense ? Le juge pourrait instrumentaliser à sa guise les catégories juridiques<sup>104</sup>.

*Au-delà du formalisme.* Enfin, bien que cette idée puisse paraître tentante, le droit se limite-t-il vraiment à un formalisme ? Il est possible de faire une analogie avec la médecine : bien que la technique médicale occupe une place importante, un médecin qui s'en servirait pour torturer un patient ferait-il toujours de la médecine ? La question peut être transposée au droit : la technique juridique suffit-elle à le définir ?

La justice demeure primordiale<sup>105</sup>. La forme n'a de valeur et ne se comprend qu'au service d'un fond. Elle ne tiendra qu'à condition de puiser là toute sa substance. La critique réaliste nie le sens de tout ce formalisme. Or si ce dernier est nécessaire – « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté » clamait Jhering<sup>106</sup> – il ne l'est que parce qu'il est sous-tendu par une finalité : « la forme, c'est le fond qui remonte à la surface », pour reprendre les mots de Victor Hugo. La *potestas* ne tient qu'appuyée sur l'*auctoritas*, compétence particulière dévolue en vertu du mérite existant ou supposé<sup>107</sup>. Il ne peut y avoir d'obéissance aux décisions prises – normatives ou judiciaires – que si celles-ci sont elles-mêmes justifiées. Le droit

<sup>101</sup> Exemple du mot « jaune » : T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 77.

<sup>102</sup> S. AUROUX, *La philosophie du langage*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2008, p. 12.

<sup>103</sup> A. SERIAUX, « Qualifier ou l'entre-deux du droit », in C. PUIGELIER (dir.), *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1267-1285.

<sup>104</sup> Voir M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, t. 1, p. 367.

<sup>105</sup> « Le droit ne peut se contenter d'être un système formel. Il a besoin d'un fondement plus profond de sorte qu'au-delà du juridique apparaisse ce qui est juste » (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 155).

<sup>106</sup> R. VON JHERING, *Droit romain dans les divers phases de son développement*, Paris, Marescq, t. 3, 1877, trad. par O. de Meulenaere, p. 158.

<sup>107</sup> A. SERIAUX, *Le droit comme langage*, *op. cit.*, § 39-40.

est un savoir avant d'être un pouvoir<sup>108</sup>. Pour reprendre les exemples développés plus haut, la dogmatique juridique elle-même est « l'étude savante et raisonnée du droit positif dans la perspective de l'adoption d'une solution souhaitable »<sup>109</sup>. Et le raisonnement juridique n'est pas qu'un régime d'interprétation des règles. Il se rattache toujours à un cas, à une situation de fait, dont il ne peut se déconnecter : c'est là son enjeu. Les règles sont lues à la lumière de cet enjeu. « Toute question de droit demeure une question de conscience, une question d'homme, une question d'hommes, une question humaine » rappelait Christian Atias<sup>110</sup>. Le raisonnement juridique ne peut avoir la rigueur et la froideur de la démonstration mathématique.

Ainsi que le lançait Michel Villey, « est-ce là réintroduire le vague et l'incertitude dans les études juridiques ? On n'y peut rien : que ceux-là qui n'en veulent point s'en aillent faire des mathématiques »<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> C. ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>109</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Théorie des sources du droit », *Encyclopedia Universalis* [En ligne]. Disponible sur : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/theorie-des-sources-du-droit/>

<sup>110</sup> C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>111</sup> M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 293.



*CRITIQUES ET DÉFENSES  
DU FORMALISME JURIDIQUE*



# LE FORMALISME JURIDIQUE COMME SCIENCE DU MATÉRIAU JURIDIQUE PUR\*

---

François-Xavier LICARI

*Université de Lorraine*

**Abstract:** *What is legal formalism ? This expression is often used in American and European legal literature but its meaning remains elusive. For some, it is nothing more than a myth or a straw man. In this article we offer a nuanced view of the subject and support the opinion that there are two kinds of «formalisms» or better, legal orthodoxies : the historical one, linked to Christopher Columbus Langdell and his epigones and the contemporary one, called «textualism», promoted by Antonin Scalia and his followers. These two kinds of formalism appear as a science of pure legal material. But at the same time, we would like to show that the formalism/Realism polarization obfuscates the richness of legal theory necessary subtlety.*

*« Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus »*

U. ECO, *Le nom de la rose*, 1982

## INTRODUCTION

De quoi le formalisme est-il le nom ? En première approche, on pourrait définir le formalisme « comme le régime dans lequel la forme prédomine sur le fond, en ce sens que l'observation des formalités préétablies suffit à entraîner des effets recherchés, sans qu'aucune considération soit portée à aucun autre élément, notamment à l'intention de l'auteur de l'acte envisagé »<sup>1</sup>. Le formalisme ainsi compris appartient à la théorie des actes juridiques. Ce formalisme s'oppose au consensualisme<sup>2</sup>. Il est bien connu et n'est pas l'objet de cette étude.

La deuxième acception possible du « formalisme juridique » présente un lien de filiation directe avec la première, en ce sens que l'idée d'une certaine domination de la forme sur la substance y est présente, mais de manière nettement plus diffuse.

---

\* Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l'auteur de cette étude.

<sup>1</sup> H. LEVY-BRUHL, « Réflexions sur le formalisme social », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 15 (1953), p. 53.

<sup>2</sup> Sur ce type de formalisme, les réflexions les plus pénétrantes restent à notre avis celles de J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle - Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 93 ; pour des études récentes sur ce phénomène : N. BONNE (dir.), *Le formalisme : sources et technique en droit privé positif*, LGDJ, 2017 ; *Formalisme et néoformalisme : Journées d'études Jean Beauchard - Paolo Vecchi*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2017.

Ce formalisme est moins précis dans sa définition et plus large dans son domaine. Il suscite d'intenses débats, essentiellement dans les milieux académiques américains<sup>3</sup>. Mais de quoi s'agit-il ?

Le formalisme est un courant de pensée qui est généralement défini par rapport à ses opposants. C'est, historiquement, et selon une opinion répandue, ce contre quoi les intellectuels américains « partent à l'attaque » dans les années 1880-1890, « convaincus que la logique, l'abstraction, la déduction, les mathématiques et la mécanique n'étaient pas des méthodes appropriées à la recherche sociale, que le courant vivant, riche, mouvant de la vie sociale ne pouvait se laisser enfermer dans leurs cadres »<sup>4</sup>. Les meneurs de cette « révolte de grande envergure » furent John Dewey et son instrumentalisme, Thorsten Veblen et son institutionnalisme économique, Oliver Wendell Holmes, Jr., et son pré-réalisme juridique, mais aussi Charles A. Beard en droit constitutionnel ou encore James Harvey Robinson et son histoire nouvelle.

« Pragmatisme, instrumentalisme, institutionnalisme, déterminisme économique et positivisme juridique présentent une parenté philosophique frappante. Toutes ces doctrines veulent éviter un abord trop formel des problèmes ; elles proclament toutes leur désir impatient d'empoigner la réalité, leur attachement à ce qui est vital, à ce qui est en mouvement dans la vie sociale »<sup>5</sup>.

Toujours selon Morton White, « il est très difficile de donner une définition exacte du « formalisme », si bien que sa signification ne s'éclaire que si l'on considère des exemples d'anti-formalistes, comme celui de Holmes par exemple.

<sup>3</sup> F. SCHAUER, « Formalism », 97 *The Yale Law Journal* 509 (1988) ; C. SUNSTEIN, « Justice Scalia's Democratic Formalism », 107 *The Yale Law Journal* 529 (1997) ; D. KENNEDY, « Legal Formalism », in *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Vol. 13, Elsevier, 2001, p. 8634 ; E. J. WEINRIB, « Legal Formalism », in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2<sup>e</sup> éd., Wiley, 2010, p. 327 ; P. J. KELLEY, « Holmes, Langdell and Formalism », 15 *Ratio Juris* 27 (2002) ; W. HUHN, « The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy, and Realism », 48 *Villanova Law Review* 305 (2003) ; M. STONE, « Formalism », in *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, OUP, 2002, p. 166 ; F. C. DECOSTE, « From Formalism to Feminism. Seventy-Five Years of Theory in the Legal Academy », 35 *Alberta Law Review* 189 (1996) ; F. SCHAUER, « Formalism: Legal, Constitutional, Judicial », in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, OUP, 2008, p. 428 ; D. A. FARBER, « Legal Formalism », in *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2<sup>e</sup> éd., Vol. 13, Elsevier, 2015, p. 8634 ; M. LOBBAN, « Legal Formalism », in *The Oxford Handbook of Legal History*, OUP, 2018, p. 419 ; B. LETTER, « Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue », 16 *Legal Theory* 111 (2010) ; N. MORAG-LEVINE, « Facts, Formalism, and the Brandeis Brief: The Origins of a Myth », 2013 *U. Ill. L. Rev.* 59 (2013) ; P. TROOP, « Why Legal Formalism Is Not a Stupid Thing », 31 *Ratio Juris* 428 (2018) ; D. PRIEL, « Two Forms of Formalism », in J. GOUDKAMP & A. ROBERTSON (eds), *Form and Substance in the Law of Obligations*, Hart Publishing, 2019, p. 165.

<sup>4</sup> M. G. WHITE, *La pensée sociale en Amérique – La révolte contre le formalisme*, PUF, 1963, p. 9

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 4

Néanmoins, à plusieurs endroits de son étude, White assimile le formalisme à la logique et à l'abstraction, ce qui permet de cerner un peu mieux notre sujet. Cependant, Morton White nous livre deux éléments qui permettent de préciser ce qu'est le formalisme juridique. En effet, « l'attaque contre le formalisme ou l'abstraction conduit à deux éléments importants dans la pensée des hommes », l'historicisme et la conception organique de la culture. Par « historicisme », White entend « la tentative d'expliquer les faits en se référant à des faits antérieurs ». Par « conception organique de la culture », il entend « l'effort pour trouver des explications et des matériaux utiles dans les sciences sociales autres celle que qui est elle-même l'objet de la recherche initiale »<sup>6</sup>. Or précisément, il nous semble que ce qui va unir les juristes formalistes, c'est cette absence de conception organique et d'historicisme. En effet, pour étudier le droit, les formalistes contre lesquels Holmes, Pound et les Réalistes se sont élevés n'examinent que des sources strictement juridiques, une seule source à vrai dire, les *cas*, essentiellement les arrêts rendus par les cours d'appel. À l'inverse, les Réalistes défendront cette conception organique lorsque certains d'entre eux se tourneront vers les sciences sociales<sup>7</sup>. Les Réalistes ne rejettent pas la science, ils en élargissent les frontières : il convient de sortir de la bibliothèque comme laboratoire pour se tourner vers la vraie vie du droit et ce qu'il est vraiment<sup>8</sup>. La science juridique n'est plus rationaliste et normative<sup>9</sup> et ne doit plus tenter vainement de transformer le droit positif en un système de règles plus ou moins cohérent. Pour les Réalistes, la science du droit est empirique, sa méthode est l'observation. Son but est la prédiction des effets du comportement des officiels du droit, son modèle est la science naturelle<sup>10</sup>.

Quant au juge formaliste, il est celui qui ne connaît, ou qui feint de ne connaître, que les règles de droit comme outil de résolution des conflits. Il

<sup>6</sup> P. 10. L'auteur ajoute : « La première démarche consiste à remonter dans le temps pour rendre compte d'un phénomène donné ; la seconde pénètre dans la totalité de l'espace social qui environne le chercheur ».

<sup>7</sup> Sur cette question, v. J. H. SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, The University of Carolina Press, 2011 ; P. EWICK, R. A. KAGAN & A. SARAT, « Legacies of Legal Realism : Social Science, Social Policy, and the Law », in P. EWICK, R. A. KAGAN & A. SARAT (ed.), *Social Science, Social Policy, and the Law*, Russell Sage Foundation, 1999, p. 1 ; D. PRIEL, « The Return of Legal Realism » in *The Oxford Handbook of Legal History*, OUP, 2018, 457, spéc. p. 464 et s.

<sup>8</sup> K. LLEWELLYN, « The Constitution as an Institution », 34 *Colum. L. Rev.* 1 (1943), spéc. p. 7 : « *The Theory that rules decide cases seems for a century to have fooled not only library-ridden recluses, but judges* ».

<sup>9</sup> H. NYTEMA, « The Rational Basis of Legal Science », 31 *Colum. L. R.* 925 (1931), spéc. p. 945 : « *The "normative" conception of legal science [...] precludes the objective narration of conventional legal principles by confusing law and ethics* ».

<sup>10</sup> V. par ex. W. WHEELER COOK, « The Logical and the Legal Basis of the Conflicts of Laws », 33 *Yale L. J.* 457 (1924), spéc. p. 475 : « [...] *lawyers, like the physical scientists, are engaged in the study of physical phenomena. Instead of the behavior of electrons, atoms or planets however, we are dealing with the behavior of human beings. As lawyers we are interested in knowing how certain officials of society – judges, legislators and others – have behaved in the past, in order that we may make a prediction of their probable behavior in the future* ». Dans la même

n'invoque pas d'éléments extérieurs au droit, tels que des considérations de politique juridique (*policy*)<sup>11</sup>.

Il serait erroné de conclure que le formalisme a définitivement disparu du paysage doctrinal américain sous les coups de boutoir des Réalistes. Le formalisme a connu une véritable renaissance dans les années 1980 sous la forme d'une doctrine interprétative, le textualisme<sup>12</sup>. Les textualistes, n'ont en vue que le texte et un certain contexte, lui aussi de nature essentiellement juridique. Dans leur méthode d'interprétation, il n'y a de place ni pour l'intention du législateur ni pour des considérations tirées de l'évolution de la société. Seul compte le sens obvie (« *plain meaning* ») du texte.

De ce qui précède on peut tenter de définir le formalisme comme une approche du droit selon laquelle les considérations qui ne sont pas appréhendées comme relevant du Droit sont sans pertinence lorsqu'il s'agit d'établir ce qu'est une règle de droit, de l'interpréter ou de l'appliquer. Le formalisme se refuse ainsi à accorder une portée juridique à la morale, à l'éthique, à l'efficacité économique, à la justice sociale, ou à d'autres principes amorphes censés se trouver « derrière » le droit ou « animer » celui-ci. En somme, il est loisible d'identifier deux expressions

---

veine Herman Oliphant soutient « *Not the judges' opinions, but which way they decide cases will be the dominant subject matter of any truly scientific study of law* » (« A Return To Stare Decisis », 14 *A.B.A.J.* 71 (1928), spéc. p. 159; Karl Llewellyn écrira que les Réalistes « *want to deal, with things, with people, with tangibles, with definite tangibles, and observable relations between definite tangibles – not with words alone; when law deal with words, they want the words to represent tangibles which can be got at beneath the words, and observable relations between these tangibles* » (« Some Realism about Realism », 44 *Harr. L. Rev.* 1222 (1931), spéc. p. 1233).

<sup>11</sup> K. N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition – Deciding Appeals*, Little Brown, 1960. L'ouvrage a fait l'objet d'une republication électronique et sur papier (*Quid Pro Quo Books*, 2015). Pour Llewellyn, on peut repérer deux styles différents au cours de l'histoire du droit américain. Le « style » n'est pas tant le style littéraire des opinions judiciaires que la façon dont la pensée des juges est articulée dans celles-ci. Le « style » prédominant à une époque donnée est un des facteurs stabilisateurs de la jurisprudence d'une cour. Dans son ouvrage, Llewellyn postule l'existence de deux styles, le « Grand Style » (« Grand Style ») et le « Style Formel » (« Formal Style »). Le Grand Style est incarné dans les décisions des cours américaines des années 1840 et 1850 et dans les opinions de juges tels que Mansfield, Marshall, Kent, Cowen ou encore Cardozo. C'est le « style de la raison ». Le Style Formel serait ensuite devenu prédominant. Ces deux styles sont des idéaux types dont les différences sont les suivantes : le Grand Style s'intéresse toujours au « principe » ou à la raison qui se trouve derrière la règle tandis que le Style Formel tend à mettre l'accent sur les purs préceptes. Ensuite, le Grand Style est caractérisé par son recours au « sens de la situation » (sur cette notion à la fois centrale et quelque peu obscure, v. W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, 2012, p. 216-227), alors que le Style Formel évite toute considération déclarée des faits sociaux et se réfugie dans la répétition des termes dans lesquels la règle appliquée a été cristallisée. Enfin, le Grand Style est préoccupé par l'enchaînement des règles et des décisions et par la fourniture d'une orientation pour le futur, bien plus que ne l'est le Style Formel. Sur la tension permanente entre ces deux styles dans les décisions contemporaines de la Cour suprême des États-Unis, v. M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Deliberations – A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, OUP, 2004, p. 62-102.

<sup>12</sup> D. FARBER, « The Ages of American Formalism », 90 *Northwestern U. L. Rev.* 89 (1995)

majeures du formalisme ainsi compris. La première expression majeure appartient à l'histoire. C'est le formalisme ou le conceptualisme des « écoles » du XIX<sup>e</sup> siècle critiqués par Roscoe Pound ou les Réalistes américains, inspirés par François Gény. Si tant est qu'il ait existé tel qu'il est généralement dépeint, il se présente comme une science livresque des cas (*cases*)<sup>13</sup>. C'est ainsi que Langdell pouvait dire lors d'un discours tenu à Harvard : « [...] que le droit est une science et que tous les matériaux disponibles de cette science sont contenus dans les livres imprimés »<sup>14</sup>. Cependant, le formalisme s'est déplacé du cas vers la loi, suivant en cela le déplacement du centre de gravité des sources du droit américain. En effet, depuis l'époque de Langdell et de ses épigones, le droit américain a vu sa morphologie de transformer : la loi (*statute*) a pris une place de plus en plus importante, voire centrale dans certains domaines<sup>15</sup>. En conséquence, les auteurs américains ont investi un champ qui avait été négligé pendant des décennies, celui de l'interprétation des textes de lois. À cette négligence originelle a succédé un foisonnement doctrinal. Parmi les nombreuses théories qui ont fleuri, est apparu le textualisme. Le textualisme en ce qu'il part du texte et s'y arrête, refusant d'intégrer dans le processus d'interprétation des éléments « extra-textuels » tels que les débats législatifs, apparaît comme un avatar contemporain du formalisme. Il se présente comme une science autonome du sens « objectif » ou « clair » du texte légal. En somme, dans ses deux expressions majeures, l'historique et la contemporaine, le formalisme apparaît *comme une science autonome des matériaux juridiques*.

Nous nous efforcerons donc de répondre à la question posée par le colloque en essayant de démontrer que le formalisme historique est une science autonome des cas (I) et le textualisme science autonome du sens objectif du texte légal (II). Enfin, quittant les rivages souriants de la taxinomie, nous essaierons de jeter une lumière réaliste sur le formalisme (III).

## I. Le formalisme historique, une science autonome des cas

Le formalisme historique peut être défini comme un âge du droit américain qui se déploierait entre les années 1850 et 1920 et qui serait marqué par la volonté de faire du droit une science rationnelle, élaborée sur le modèle des sciences naturelles, si l'on se tourne du côté de l'université. Si l'on se tourne vers la Cour suprême, le formalisme se caractériserait par des décisions marquées idéologiquement par le

<sup>13</sup> Sur la centralité du cas dans la méthode langdellienne et sur la critique réaliste, v. F.-X. LICARI, « Le traitement du cas dans la tradition du Réalisme juridique américain », 43 *Revue de la recherche juridique* (2018), p. 1885, spéc. p. 1891 et s.

<sup>14</sup> C. C. LANGDELL, « Teaching Law as a Science », 21 *American Law Review* 123 (1887).

<sup>15</sup> Sur ce phénomène de « légification » (« statutorification »), v. G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, HUP, 1985.

laissez-faire<sup>16</sup>, l'individualisme et le darwinisme social<sup>17</sup> d'Herbert Spencer<sup>18</sup>. Pour une partie de la doctrine américaine, le terme formalisme étant péjoratif et réducteur<sup>19</sup>, il vaudrait mieux parler de pensée juridique classique (*classical legal thought*)<sup>20</sup> ou d'orthodoxie juridique (*legal orthodoxy*)<sup>21</sup>. À ce stade, on peut déjà remarquer que ce « -isme », à l'instar de beaucoup d'autres « -ismes », n'est pas un mouvement

<sup>16</sup> Sur le caractère paradoxal et anachronique de la domination de cette idéologie chez les juristes, v. M. LERNER, « The Triumph of Laissez-Faire », in A. M. SCHLESINGER, Jr. et M. WHITE (eds.), *Paths of American Thought*, Houghton Mifflin, 1963, p. 147.

<sup>17</sup> D. FLEMING, « Social Darwinism », in A. M. SCHLESINGER, Jr. et M. WHITE (eds.), *Paths of American Thought*, Houghton Mifflin, 1963, p. 123; R. HOFSTADTER, *Social Darwinism in American Thought*, Beacon Press, 1992.

<sup>18</sup> M. J. HORWITZ, « The Rise of Legal Formalism », 19 *The American Journal of Legal History*, p. 251. (1975); N. DUXBURY, « The Birth of Legal Realism and the Myth of Justice Holmes », 20 *Anglo-Am. L. Rev.* 81 (1991), spéc. p. 81-86. Christopher Columbus Langdell et ses épigones incarnent le formalisme universitaire. Quelques décisions incarnent le laissez-faire et le darwinisme social de manière éclatante : *Algeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 590 (1897); *Leep v. Railway Co.*, 25 S.W. 75, 79 (1894); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 10-11 (1915); l'arrêt pendant longtemps systématiquement présenté comme le plus représentatif de l'ère formaliste est *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Mais sa portée idéologique est aujourd'hui controversée. Pour certains il ferait partie du « mythe formaliste ». Pour une introduction à la question : J. FRAZIER WALL, « Social Darwinism and Constitutional Law with Special Reference to *Lochner v. New York* », 33 *Annals of Science* 464 (1976); J.-F. SPITZ, *Le mythe de l'impartialité – Les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine (1870-1940)*, PUF, 2014, p. 55-105 (la philosophie politique de la Cour Lochner); H. SCHWEBER, « *Lochner v. New York* and the Challenge of Legal Historiography », 39 *Law & Social Inquiry* 242 (2014).

<sup>19</sup> À l'origine le reproche de « formalisme » a été inventé par la polémique chrétienne pour discréditer le droit talmudique : H. BEN-MENACHEM, « The Myth of Formalism : (Mis)Readings of Jewish Law from Paul to the Present » (November 9, 2010), *Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper* No. 17-5, SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2520968>; le « légalisme », est aussi un terme d'opprobre fréquemment utilisé depuis les Évangiles et Paul à l'égard des Juifs et du droit talmudique : B. S. JACKSON, « Legalism », 30 *Journal of Jewish Studies*, 1 (1979); K. L. YINGER, « Defining Legalism », 46 *Andrews University Seminary Studies*, p. 5; *id.*, « The Continuing Quest for Jewish Legalism », 19 *Bulletin for Biblical Research* (2009), p. 375.

<sup>20</sup> W. M. WIECEK, *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America, 1886-1937*, OUP on Demand, 1998; D. KENNEDY, « Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940 », 3 *Research in Law and Sociology* (1980), p. 3; *id.*, *The Rise & Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, 2006; H. HOVENKAMP, « The Classical Corporation in American Legal Thought », 76 *Geo. L. J.* 1593 (1987); S. A. SIEGEL, « John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought », 86 *Iowa L. Rev.* 1513 (2000); H. HOVENKAMP, « Law and Morals in Classical Legal Thought », 82 *Iowa L. Rev.* 1427 (1996); S. A. SIEGEL, « Francis Wharton's Orthodoxy: God, Historical Jurisprudence, and Classical Legal Thought », 46 *American Journal of Legal History* 422 (2004); D. H. GJERDINGEN, « The Future of Our Past: The Legal Mind and the Legacy of Classical Common-Law Thought », 68 *Ind. L. J.* 743 (1992); R. J. HOYOS & A. L. BROPHY, « Beyond Classical Legal Thought: Law and Governance in Postbellum America, 1865-1920 », in *A Companion to American Legal History*, Wiley-Blackwell, 2013, p. 86.

<sup>21</sup> T. C. GREY, « Langdell's Orthodoxy », 45 *U. Pitt. L. Rev.* 1 (1983); M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, OUP, 1992; M. A. CLAWSON, « Authority, Orthodoxy and Autonomy in Scientific and Legal Discourse. » 22 *Legal Stud. F.* 679 (1998); F. H. LAWSON, « Legal Orthodoxy », 6 *Hous. L. Rev.* 1 (1968).

structuré et encore moins une « école ». Il n'est pas même, semble-t-il, une idéologie. Il serait plutôt une *Weltanschauung* partagée par les juges des cours supérieures et par les professeurs des facultés de droit dominantes. Alors que de nombreux universitaires ou juges se proclamèrent « réalistes » ou se proclament aujourd'hui « textualistes », nul ne se proclama jamais « formaliste »<sup>22</sup>. Le formaliste (ou le formalisme) se définit négativement par ceux qui s'y opposèrent ou s'y opposent encore aujourd'hui.

Pour mieux cerner le formalisme et l'anti-formalisme, plusieurs idées nécessitent d'être développées. L'idée de formalisme se comprend mieux si l'on s'intéresse à sa généalogie (A), si l'on voit qu'il n'est probablement qu'un avatar du conceptualisme (B) et si l'on examine les conceptions qui lui sont étroitement associées (C).

### A. Généalogie transatlantique du formalisme et de l'anti-formalisme

Le formalisme a été littéralement *inventé* par les « anti-formalistes », au premier rang desquels se trouvent les Réalistes américains<sup>23</sup>. Il paraît donc indispensable d'explorer les écrits anti-formalistes afin de savoir de quoi le formalisme est le nom. Dire de quoi le formalisme est le nom alors que ce nom est apparu tardivement dans la littérature américaine conduit à rechercher la généalogie de l'idée de « formalisme » et donc de celle de l'« anti-formalisme ». Cette recherche généalogique conduit dans l'Allemagne et la France du XIX<sup>e</sup> siècle et à leur pensée juridique. Sans cela, on peine à comprendre la pensée juridique américaine « formaliste » puis « anti-formaliste » ou Réaliste tant le débat américain semble à certains égards une « importation », ou à tout le moins, un écho, des discussions allemandes, et dans une moindre mesure, françaises<sup>24</sup>. En effet, pour les auteurs américains, les débats doctrinaux allemands ont toujours été une référence. On a pu noter les similarités importantes entre la réaction de Holmes, de Pound et des Réalistes contre le « formalisme » de leurs aînés et celle de la « science des intérêts » de Philipp Heck (« *Interessenjurisprudenz* ») et du « mouvement du libre droit » contre « la science des concepts » (« *Begriffsjurisprudenz* »)<sup>25</sup>. Ainsi,

<sup>22</sup> À l'exception notable de E. J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, OUP, 1995 ;

<sup>23</sup> V. A. J. SEBOK, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2008, p. 49, 57 et s. : « *As a theory of rules, it exists only as a reflection of scholars like Holmes, Pound, Llewellyn and Frank* ».

<sup>24</sup> D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, « François Géný aux Etas-Unis », in C. TOMASSET, J. VANDERLINDEN et Ph. JESTAZ, *François Géný, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 295 ; D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *RIEJ*, Vol. 56, p. 163 ; H.-P. HAFERKAMP, « Legal Formalism and its Critics », in *The Oxford Handbook of European Legal History*, OUP, 2018, p. 928.

<sup>25</sup> W. FRIEDMANN, « Legal Philosophy and Judicial Lawmaking », 61 *Columbia Review* 821 (1961) ; J. E. HERGET & S. WALLACE, « The German Free Law Movement as The Source of American

Lon Fuller n'hésita pas à comparer la pensée et la méthode de Langdell à celles de Windscheid<sup>26</sup>. Se référant à Raymond Saleilles, Roscoe Pound voyait dans la révolte « mondiale » contre le formalisme « une réaction contre la jurisprudence des conceptions »<sup>27</sup>. Dès lors on ne s'étonnera pas qu'une des plus fameuses attaques contre le formalisme des classiques, celle articulée par Felix S. Cohen, commence une référence au pamphlet de *Rudolf v. Jhering*<sup>28</sup>.

Partons donc des anti-formalistes. Aux yeux des Réalistes, les formalistes traitaient le droit comme un système de concepts abstraits qui pouvaient être appliqués aux faits de tout cas particulier. Les formalistes ne raisonnaient jamais en termes de *policy* ou de but social qui auraient contribué à la formation de la règle de droit. Ils voyaient le droit comme un système de décision dans lequel le juge résout de manière neutre des litiges entre des individus autonomes ; en conséquence, les formalistes privilégiaient le droit privé et marginalisèrent le droit public<sup>29</sup>. Selon la fameuse critique de Roscoe Pound, cette attitude engendra

---

Realism », 73 *Virginia Law Review* 399 (1987) ; J. BOMHOFF, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, 2013, p. 31 et s. ; K. I. SCHMIDT, « Der "Formalismus-Mythos" im deutschen und amerikanischen Rechtsdenken des frühen 20. Jahrhunderts », *Der Staat*, vol. 53 (2014), p. 445 ; *id.*, « Law, Modernity, Crisis : German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to "Life" 1903–1933 », 39 *German Studies Review* 121 (2016) ; N. MORAG-LEVINE, « Sociological Jurisprudence and the Spirit of Common Law », in *The Oxford Handbook of Legal History*, OUP, 2018, p. 437, spéc. p. 440 et s.

<sup>26</sup> L. L. FULLER, « Introduction », in M. SCHOCH (ed.), *The Jurisprudence of Interests*, HUP, 1948, p. XIX.

<sup>27</sup> R. POUND, « Justice According to Law », 13 *Columbia Law Review* 696 (1913), spéc. p. 708. L'influence de Gény sur Pound a aussi été maintes fois notée. Sur l'« anti-formalisme » en France, v. C. M. HERRERA, « Anti-formalisme et politique dans la doctrine juridique sous la III<sup>e</sup> République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2011/1 (n° 29), p. 145.

<sup>28</sup> F. S. COHEN, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », 35 *Columbia Law Review* 839 (1935) ; Cohen fait allusion à Rudolf von Jhering et à sa satire : « Im Juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild ». [« Dans le ciel des concepts juridiques. Une chimère »], in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das Juristische Publikum [Le plaisant et le sérieux dans la jurisprudence. Un cadeau de Noël pour le public juridique]*, Breitkopf & Härtel, 1884, p. 244 : <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22154197%22> ; Morris et Felix Cohen ont traduit des extraits de cette satire in *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Prentice-Hall, 1951, p. 678-689 ; plus récemment, cette satire a été traduite intégralement par C. L. LEVY, « In the Heaven of Legal Concepts : A Fantasy », 58 *Temp. L.Q.* 799 (1985). Sur cet article canonique de la critique du « formalisme », v. aussi H. L. A. HART, « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, p. 265. Voir aussi le compte-rendu de P.-F. GIRARD, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Vol. 9 (1885), p. 691. Ce pamphlet a été traduit de longue date en français par O. DE MEULANAERE, « Au ciel des notions juridiques » in : *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, IV : *Mélanges*, Librairie A. Marescq Aîné, 1902, p. 309. V. plus généralement à propos de l'influence de la pensée de Jhering sur Roscoe Pound et les Réalistes : S. ANIS AL-ASSIUTY, *Genèse et évolution des doctrines philosophiques - À propos de Jhering et la pensée juridique moderne en Allemagne et en Amérique*, Imprimerie de l'Université du Caire, 1964, spéc. p. 429-504.

<sup>29</sup> V. la description que Karl Llewellyn propose du « style formel », in *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 1960, Little Brown, p. 38. V. *supra*, n. 11.

une forme « mécanique » de pseudo-science juridique dans laquelle les règles et les doctrines étaient jugées en fonction de « leur conformité à une supposée science et non en fonction du résultat auxquels elles mènent »<sup>30</sup>.

« J'ai qualifié la science du droit mécanique de scientifique parce que ceux qui la pratiquent la croient telle. Mais en vérité, elle n'est pas du tout une science. Nous ne considérons plus une chose comme scientifique simplement parce qu'elle exhibe un schéma rigide de déductions à partir de conceptions *a priori*. »<sup>31</sup>

« Nous devons nous débarrasser de cette sorte de légalité et atteindre une science pragmatique, sociologique du droit [...]. Le mouvement sociologique dans la science du droit est un mouvement en faveur du pragmatisme comme philosophie du droit; pour l'ajustement des principes et doctrines à la condition humaine qu'ils gouvernent plutôt qu'à de supposés principes premiers; pour mettre le facteur humain à la place centrale et reléguer la logique à sa vraie place, c'est-à-dire celle d'un instrument. »<sup>32</sup>

Une vingtaine d'année plus tard Roscoe Pound et Karl Llewellyn croiseront le fer, car ce dernier, las de voir que le Doyen d'Harvard n'avait pas mis en œuvre le programme de la « sociological jurisprudence » lancera un nouvel appel pour une science du droit plus basée sur les faits, plus sensibles aux faits sociaux, conséquentialiste et réaliste. Dans son manifeste, Llewellyn attaque selon son style si particulier :

« Le droit est en état d'agitation. La sphère des intérêts s'élargit; les hommes deviennent à nouveau intéressés par la vie qui tourbillonne autour des choses juridiques. Avant les règles furent les faits; au commencement il n'y eut pas un Verbe, mais une Action. Derrière les décisions se tiennent des juges; les juges sont des hommes; en tant qu'homme, ils ont un vécu humain. Au-delà de règles, à nouveau, se trouvent des effets; au-delà des règles, se tiennent des gens que ces règles touchent directement ou indirectement [...]. L'agitation est propre à l'époque. Le droit de facultés menaçait à la fin du siècle de devenir des mots – calmes, apparemment limpides, sans vie, comme une espèce de vieux canal [...]. Les techniques traditionnelles elles-mêmes sont réexaminées, testées à l'aune des faits, quelque peu dépouillées de leur confusion. Et il y a toujours ce questionnement inquiet: quelle différence une loi ou une règle ou une décision judiciaire fait-elle? »<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », 8 *Columbia L. R.*, p. 605, spéc. p. 607-608.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 608.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 609-610.

<sup>33</sup> K. N. LLEWELLYN, « Some Realism About Realism: A Response to Dean Pound », 1222 (1931).

Contrairement à Langdell et à l'instar de Roscoe Pound<sup>34</sup>, Karl Llewellyn ne succombe pas à l'appel du scientisme :

« La connaissance n'a pas à être scientifique pour être sur la voie de la Science. Elle n'a pas non plus à être scientifique pour être extrêmement utile. Il est temps que les chercheurs en "sciences" sociales le reconnaissent ouvertement ; cela épargnerait beaucoup de confusion [...]. Ce dont nous avons besoin, c'est d'une connaissance qui se meuve prudemment et habilement vers le pôle scientifique, accompagnée de quelque indication sommaire sur son actuelle latitude. Ceci est la voie scientifique vers la Science. Et le progrès sur cette voie est précieux, pas à pas »<sup>35</sup>.

Roscoe Pound comme Karl Llewellyn s'élèvent contre ce qui ne s'appelle pas encore « le formalisme » sous la plume des Réalistes. Bien que le mot *Formalismus* ait été utilisé de longue date en Allemagne pour critiquer le pandectisme ou la « science des concepts »<sup>36</sup>, ce n'est que rétrospectivement que les auteurs américains utiliseront ce terme pour désigner un mode de pensée et de pratique du droit qu'ils réprouvent. Sur le moment, leur cible principale n'est pas autre chose que le conceptualisme. Max Radin, un autre pilier du Réalisme juridique américain, l'a bien vu<sup>37</sup>. L'anti-conceptualisme est aussi le leitmotiv du fameux pamphlet de Felix S. Cohen et de son fonctionnalisme<sup>38</sup>. L'anti-conceptualisme est une marque de fabrique du Réalisme juridique américain<sup>39</sup>. Il est possible de le relier à la pensée de Jeremy Bentham et sa volonté de démystifier le droit<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », préc., spéc. p. 605-608, *passim*.

<sup>35</sup> K. N. LLEWELLYN, « The Theory of Legal "Science" », 20 *North Carolina L. R.* 1 (1941), spéc. p. 22

<sup>36</sup> J. RÜCKERT, « Diskussionsbeitrag: Formalismus und Vergleichbare Konzepte im 19. Jahrhundert », in R. SCHULZE (éd.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, 1990, p. 169.

<sup>37</sup> M. RADIN, « Legal Realism », 31 *Colum. L. Rev.* 824 (1932), spéc. p. 826 : « L'ennemi inhérent du Réalisme est le conceptualisme [...] ; *id.*, « The Education of the Lawyer » 25 *California Law Review* 676 (1936-37), spéc. p. 679, et 683 à la note 7 avec un renvoi aux travaux de Jerome Frank et de Felix S. Cohen. Dans cet article Max Radin attaque spécialement le conceptualisme dans la formation des juristes : la méthode des cas (*case method*) ; *id.*, « In Defense of an Unsystematic Science of Law », 51 *Yale L. J.* 1269 (1942) ; V. aussi l'article de Radin cité à la note 42.

<sup>38</sup> F. S. COHEN, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », 35 *Columbia Law Review* 839 (1935) ; pour une version plus élaborée et écrite sur un ton moins polémique des idées de l'auteur, v. F. S. COHEN, « The Problems of a Functional Jurisprudence », 1 *Modern Law Review* (1937) 5. Sur la contribution cardinale de Felix S. Cohen au Réalisme juridique américain, v. M. P. GOLDING, « Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S. Cohen », 66 *Cornell L. Rev.* 1032 (1981) ; J. PAUL, « Felix Cohen's Brand of Legal Realism », 38 *Conn. L. Rev.* 593 (2006).

<sup>39</sup> Sur l'anti-conceptualisme des Réalistes, v. not. W. DE BEEN, *Legal Realism Regained – Saving Realism from Critical Acclaim*, Stanford University Press, 2008, p. 127-150.

<sup>40</sup> Sur cet aspect de l'œuvre de Jeremy Bentham, v. H. L. A. HART, « La démystification du droit », in P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publi-

## B. *Le formalisme est un avatar du conceptualisme*

Le mot « conceptualisme » revêt ici un sens différent de celui qu'il revêt dans le langage philosophique. Dans le cadre qui est le nôtre, il vise à décrire « les théories juridiques qui attribuent une valeur élevée à la création (ou à la découverte) de principes et concepts fondamentaux au cœur d'un système, que raisonner à partir d'eux soit formel ou informel »<sup>41</sup>. Max Radin, le définit comme « la curieuse illusion persistante qu'il y a une vertu dans un système euclidien complètement intégré »<sup>42</sup> ou encore comme « la théorie selon laquelle il existe un nombre de principes qui peuvent être exprimés sous une forme schématique »<sup>43</sup>. Plus précisément encore, le conceptualisme peut être défini comme une méthode qui consiste

« à abstraire, à partir d'un certain nombre de normes préexistantes, des concepts et principes plus généraux considérés comme objectifs voire réels, censés représenter la charpente supérieure du système juridique, constituant la cause des règles à partir desquels on les a induits, et à partir desquels il est possible de déduire de manière neutre objective et nécessaire – en d'autres termes, de manière formelle – l'ensemble des règles particulières ayant vocation à régir la variété des problèmes concrets susceptibles de se présenter, cela indépendamment de toute considération subjective ou d'équité »<sup>44</sup>.

L'adhésion au conceptualisme ou au formalisme implique l'adhésion à plusieurs corollaires ou plusieurs idées qui lui sont associées.

## C. *Les idées associées aux formalisme*

Le formaliste adhère souvent à l'idée que le droit est découvert et non fabriqué par les juges. Pour eux, les catégories juridiques de base font partie de la réalité que les juristes cherchent à découvrir. Cette théorie déclaratoire du droit, développée par William Blackstone<sup>45</sup> et assez rapidement tombée en disgrâce, conserva néanmoins des partisans, dont Joseph Beale, un des disciples de Langdell

---

cations des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, p. 89.

<sup>41</sup> T. C. GREY, « Langdell's Orthodoxy », 45 *University of Pittsburgh Law Review* 1 (1983), spéc. p. 9-10.

<sup>42</sup> M. RADIN, « The Chancellor's Foot », 49 *Harvard L. Rev.* 44 (1935), spéc. p. 54. Cependant, l'article constitue notamment une discussion équilibrée des avantages et des inconvénients du conceptualisme et du Réalisme.

<sup>43</sup> M. RADIN, « Legal Realism », préc., p. 826.

<sup>44</sup> P.-E. AUDIT, *La « naissance » des créances : approche critique du conceptualisme juridique*, LGDJ, 2015, n° 360.

<sup>45</sup> A. W. ALSCHULER, « Rediscovering Blackstone », 145 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (1996); W. S. BREWBAKER III, « Found Law, Made Law and Creation: Reconsidering Blackstone's Declaratory Theory », 22 *Journal of Law and Religion* 255 (2006/2007); E. KADENS, « Justice Blackstone's Common Law Orthodoxy », 103 *Northwestern University Law Review* 1553, spéc. 1556-1559 (2009).

qui introduisit la méthode des cas à la faculté de droit de Chicago<sup>46</sup>. Il est intéressant de voir que pour Eugene Wambaugh, un autre épigone de Langdell, le débat entre ceux qui pensent que le juge déclare le droit et ceux qui pensent qu'ils le créent n'a pas à être tranché, car les partisans de chaque camp s'accordent sur l'essentiel : pour connaître le droit, il faut étudier les cas et pour Wambaugh, voilà l'essentiel!<sup>47</sup>

Un autre aspect cardinal de la pensée formaliste est que la méthode des juristes est devenue *scientifique*. L'idée que le droit est une science n'est certes pas apparue avec Langdell et Beale. Elle remonte dans l'ère du *common law* à William Blackstone et ses *Commentaries*. Blackstone voulut créer une vue cohérente du droit anglais en utilisant une structure romaine, celle des Institutes de Justinien. Son approche est systématique et déductive, sur le modèle de Domat et des civilistes. Elle est dans la continuité de la révolution scientifique qui toucha l'Angleterre du 17<sup>e</sup> siècle dans tous les domaines. Dans celui du droit, le maître mot fut systématisation<sup>48</sup>. Malgré sa contribution significative au *common law*, la tentative de Blackstone est considérée comme un échec, pour des raisons méthodologiques qui ont été mises en lumière par les historiens du droit<sup>49</sup>. Beale voit le droit comme science comme un des développements les plus notables du droit au cours du 19<sup>e</sup> s. En 1905, il écrit que sous l'influence de Savigny et de l'école historique, la doctrine américaine est devenue scientifique :

*« We are living in an age of scientific scholarship. We have abandoned the subjective and deductive philosophy of the middle ages, and we learn from scientific observation and from historical discovery. The newly accepted principles of observation and induction, applied to the law, have given us a generation of legal scholars for the first time*

<sup>46</sup> « Joseph Henry Beale's Lectures on Jurisprudence, 1909 », 29 *U. Miami L. Rev.* 260 (1975), spéc. p. 288-289, spéc. § 60-61 ; J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Vol. I, Part I, HUP, 1916, p. 150. Beale, dans son cours, s'appuie sur un article de Langdell, au § 58. Il n'est cependant pas certain que Langdell y adhérerait lui-même. Au moment où Beale écrit, il semble être un des derniers adhérents de cette théorie. Gray le critiquera (v. *infra*). Les deux auteurs sont suffisamment importants pour qu'un collègue prenne la plume pour défendre la position de Gray et argumenter contre Blackstone et Beale : C. E. CARPENTER, « Court Decisions and the Common Law », 17 *Columbia Law Review* 593 (1917). Il est notable que la théorie déclaratoire du droit conserve des défenseurs parmi les formalistes contemporains : A. BEEVER, « The Declaratory Theory of Law », 33 *Oxford Journal of Legal Studies* 421 (2013) ; B. ZAMULINSKI, « Rehabilitating the Declaratory Theory of the Common Law », 2 *Journal of Law and Courts* 171 (2014).

<sup>47</sup> E. WAMBAUGH, *The Study of Cases*, Little Brown and Company, 1892, §79.

<sup>48</sup> B. J. SHAPIRO, « Law and Science in Seventeenth-Century England », 21 *Stanford Law Review* 727, spéc. p. 736-749 (1969). Blackstone est toutefois en retrait par rapport à la révolution opérée au 17<sup>e</sup> s. Il reste attaché à la méthode déductive alors que Francis Bacon, un des représentants de cette révolution dans le domaine du droit, prônait une méthode inductive et empirique. Langdell et ses épigones sont donc en filiation directe avec Francis Bacon.

<sup>49</sup> V. not. M. LOBBAN, « Blackstone and the Science of Law », 30 *The Historical Journal* 311 (1987)

*since the modern world began, and the work of these scholars has at last made possible the intelligent statement of the principles of the law »<sup>50</sup>.*

En conséquence, Beale enseigne à ses étudiants qu'il est totalement infructueux de construire des définitions *a priori* et qu'il convient au contraire de les former à partir de l'observation des faits<sup>51</sup>. Pour Wambaugh, les décisions rendues par les cours peuvent être réduites à un système scientifique<sup>52</sup>. Il relève de nombreux parallèles entre la méthode des cas et la méthode des autres sciences. Ainsi lorsqu'il enseigne comment combiner différents cas pour répondre à une question qui n'a pas encore été précisément tranchée, il note la similarité de ce qu'il explique avec la méthode inductive. De manière intéressante, il ajoute :

« L'étudiant en droit est privé d'un des procédés les plus fructueux (*valuable*) de la plupart des autres sciences, en ce qu'il ne peut pas faire d'expériences ; mais il peut observer les résultats de plusieurs milliers d'expérience tels que rapportés dans les recueils de jurisprudence »<sup>53</sup>.

Dans la même veine, John H. Wigmore développe l'idée que le droit est une science qui peut se diviser en quatre sujets auxquels ils donnent des noms savants (*Nomo-scopsy* ; *Nomo-sophy* ; *Nomo-didactics* ; *Nomo-practics*) ; chacun de ses sujets peut lui-même se diviser en sous-branches<sup>54</sup>.

Les formalistes ont une position spécifique à l'égard de la taxonomie et de sa signification. Pour les conceptualistes, dire que le droit est désordonné provient d'une erreur philosophique fondamentale : confondre les cas avec le Droit. Dès lors, pour les conceptualistes, la taxinomie est importante car elle est une tentative de décrire une réalité préexistante. La taxinomie n'est pas une construction artificielle humaine<sup>55</sup>. La taxinomie et la cohérence sont au cœur du projet d'un néo-formaliste comme Ernest Weinrieb<sup>56</sup>.

Pour le conceptualiste, la cohérence est fondamentale. Mais il ne s'agit pas d'une cohérence établie ou imposée par le juriste à partir des matériaux juridiques

<sup>50</sup> J. H. BEALE, « The Development of Jurisprudence during the Past Century », 18 *Harvard Law Review* 271, spéc. p. 283 (1905)

<sup>51</sup> Samuels, préc., p. 282, §15 ; J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Vol. I, Part I, HUP, 1916, § 117.

<sup>52</sup> E. WAMBAUGH, préc., § 17, p. 9.

<sup>53</sup> E. WAMBAUGH, préc., § 70, n. 1 ; pour d'autres comparaisons entre la « science des cas » et les sciences expérimentales, v. aussi §72, n. 1 ; pour l'importance du syllogisme, v. §73, n. 1.

<sup>54</sup> J. H. WIGMORE, « The Terminology of Legal Science » (With a Plea for the Science of Nomo-Thetics), 28 *Harvard Law Review* 1 (1914).

<sup>55</sup> V. par ex. M. LOBBAN, « Legal formalism », *The Oxford Handbook of Legal History*, 2018, p. 419.

<sup>56</sup> E. L. WEINRIEB, 16 *Harr. J. L. & Pub. Pol'y* 583 (1993) ; le numéro de cette revue comprend un colloque discutant les thèses de l'auteur. V. aussi, parmi une abondante littérature, J. STICK,

qui les organise ou les rationalise. Pour le conceptualiste, la cohérence est inhérente au droit. Le vrai droit est le produit de la raison et est donc cohérent. L'incohérence que chacun peut déceler dans le droit positif reflète la défaillance humaine quant à la découverte de la réalité juridique. L'incohérence n'est pas un problème lié au droit en tant que tel. La tâche scientifique qui incombe au formaliste provient justement de la faillibilité des juges. Ils peuvent ne pas discerner correctement la doctrine ou ne pas en tirer les conséquences logiques. Dès lors, puisque l'erreur est humaine le droit positif peut ne pas correspondre au « système général »<sup>57</sup>. Cette insistance sur le caractère scientifique du droit n'est pas seulement l'influence du scientisme qui règne à cette époque. C'est une clé pour comprendre ce qui a rendu le formalisme attrayant pour une génération de juristes et le rend encore attractif pour certains. Le formalisme est relié à deux idées qui elles mêmes sont étroitement liées à un contexte historique. La première idée est de nature épistémologique. Le formalisme est étroitement relié à l'émergence d'une université moderne aux États-Unis, une université où l'activité de recherche est fondamentale<sup>58</sup>. Ce type d'université a été inventé en Allemagne et a été importé dans le monde anglophone. Enseigner à l'Université un savoir professionnel comme le droit n'avait rien d'évident, a fortiori dans une université orientée vers la recherche. Un des moyens de légitimer sa présence au sein des universités était de montrer comment une discipline assez peu intellectuelle qui jusque-là avait été enseignée par la voie de l'apprentissage pouvait devenir une science à part entière. Dans les universités américaines toujours plus élitistes le droit ne pouvait survivre que s'il montrait une autonomie suffisante et était basé sur des principes scientifiques. Toutefois, il faut bien remarquer que cette légitimation du droit par la « science » fut reliée à une définition pour le moins dépassée de celle-ci. Comme le note en effet Barbara Shapiro,

*« Nineteenth- and early 20<sup>th</sup> century lawyers, seeking to carve out an intellectually legitimate and autonomous discipline of law, used the term legal science not to suggest that the law was part of modern scientific culture, but precisely the opposite. They meant that law was a science just as chemistry was a science, and was thus entitled to independent existence. This reasoning rested on an obsolete definition of a science as any systematically organized body of knowledge and on a failure to acknowledge that what made chemistry or physics a science was not its autonomously organized knowledge*

---

« Formalism as the Method of Maximally Coherent Classification », 77 *Iowa L. Rev.* 773 (1991-1992).

<sup>57</sup> J. H. BEALE, 145 : « *While the general system exists apart from positive law, the application of its principles...* » p. 145.

<sup>58</sup> Charles William Eliot, ferme soutien de C. C. Langdell, fut un des fers de lance du profond mouvement de modernisation et de professionnalisation des universités américaines qui eut lieu entre 1870 et 1910 : R. HOFSTADTER, « The Revolution in Higher Education », in A. M. SCHLESINGER, Jr. et M. WHITE (eds.), *Paths of American Thought*, Houghton Mifflin, 1963, p. 269.

*but the fact that it shared with other sciences a particular method of investigation and a particular mode of stating results »<sup>59</sup>.*

Le formalisme est donc le produit d'une époque particulière. Pour autant, la question de la légitimité du droit comme discipline universitaire reste aujourd'hui la source de la forte réticence à l'interdisciplinarité des actuels tenants du formalisme conceptualiste<sup>60</sup>. La deuxième idée expliquant le développement du formalisme est de nature politique. Le formalisme n'était pas seulement une position quant à la nature des concepts juridiques, mais aussi vis-à-vis de l'autorité du droit. Le droit ne pouvait avoir une autorité légitime que s'il pouvait faire l'objet d'une rationalisation et ainsi être tenu éloigné de la politique. Le droit ne peut être légitime que s'il est objectif et apolitique, seulement si une personne à laquelle une question juridique est soumise pouvait tomber d'accord sur ce que le droit requiert quelle que soit son appartenance politique ou sociale.

Les considérations épistémologiques et politiques présentent des connexions étroites. Affirmer que sous l'apparent désordre du *common law* se dissimulent cohérence et rationalité signifiait que le droit était digne d'être un objet de recherche et d'enseignement dans les universités américaines. Cet ordre révélé par les formalistes offrait une justification pour placer le pouvoir de coercition de l'État derrière le droit et notamment le pouvoir de donner le pouvoir de décision à des juges qui n'ont pas été élus.

<sup>59</sup> B. J. SHAPIRO, préc., p. 727. Il est possible que Langdell ait emprunté à l'ancienne comme à la nouvelle conception de la science. La taxonomie imitée des sciences naturelles, l'autonomie de la "science du droit" sont au centre de sa méthode, à tout le moins, et aussi le formalisme déductif : M. H. HOEFELICH, « Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell », 30 *American Journal of Legal History* (1986) 95, spéc. p. 119 et s.; H. SCHWEBER, « The Science of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in the Nineteenth-Century American Legal Education », 17 *Law and History Review* 421, spéc. p. 455-464. Tout le monde s'accorde sur les deux premiers éléments, mais pas sur le troisième. Pour certains, la méthode de Langdell serait plutôt inductive : pour une analyse des opinions révisionnistes, v. D. RABBAN, *Law's History – American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge U. P., 2013, p. 484-485 ; sur la science de Langdell, v. aussi les réflexions extrêmement stimulantes, et à rebours de la doxa, de Dennis Patterson, « Langdell's Legacy », 90 *Northwestern University L. R.* 196 (1995).

<sup>60</sup> A. BEEVER & C. RICKETT, « Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer », 68 *Modern Law Review* (2005) 320, spéc. p. 337 : selon ces deux auteurs australiens, abandonner le conceptualisme et ouvrir la porte à d'autres disciplines fera que le droit « *will become, at best, the handmaid of some other discipline or series of disciplines, and legal academics will be replaced by academic economists, political philosophers, and the like, who merely interpret case law and other legal material through the lenses of their own disciplines. Perhaps even worse than this, academic lawyers will become the handmaids of judges, and will see their role as being merely to summarise judicial decisions in clear and accessible ways, perhaps coupled with criticism based on little more than raw intuition* ».

### **D. L'essence du formalisme : l'autonomie du droit**

Je voudrais me concentrer sur une idée qui paraît cardinale chez les formalistes. L'idée de l'autonomie du droit et surtout celle de la séparation du droit de la politique. Les formalistes revendiquent que le droit a ses propres modes ou formes de pensées et dispose d'un corps largement autonome d'idées et de concepts cohérents qui peuvent et doivent être utilisés pour répondre à une question juridique. Le formalisme appartient donc à ce qu'on appelle parfois la doctrine juridique « internaliste », qui reste majoritaire en France<sup>61</sup>, par opposition à la doctrine juridique externaliste, laquelle accorde un grand intérêt aux idées venant d'autres disciplines et cherche, à des degrés variables, à faire fructifier des idées provenant de l'économie, de la philosophie, de la sociologie, de la psychologie, de la théorie littéraire ou même des neurosciences. La doctrine juridique « externaliste » correspond au Réalisme juridique, notamment<sup>62</sup>. Une raison de se concentrer sur l'idée de l'autonomie du droit et que ceux qui se revendiquent comme formalistes la mettent en avant et aussi que beaucoup d'autres idées associées à l'opposition entre le formalisme et le Réalisme peuvent être éclairées en terme de leur relation avec l'autonomie du droit.

L'autonomie du droit n'est pas une revendication conceptuelle mais une revendication normative des formalistes ; un idéal, plus ou moins bien réalisé dans la vraie vie du Droit. Pour le formaliste, le droit est une discipline intellectuelle distincte des autres disciplines, avec son appareil de concepts propres et des modes distincts de raisonnements lui permettant de bâtir ses propres solutions aux problèmes qui se présentent à lui. Cela rend le recours à d'autres disciplines au mieux inutile, au pire, source de confusion. Plus le Droit devient mêlé à d'autres systèmes normatifs ou d'autres disciplines, plus il se mue en coquille vide, un voile pour quelque chose d'autre, qui, par définition, n'est pas du droit. Ce n'est pas dire que pour le formaliste les disciplines extra-juridiques sont stériles ; pour le formaliste, celles-ci peuvent fournir des éléments de connaissance au sujet du droit, mais elles ne peuvent contribuer à l'étude du droit<sup>63</sup>.

Il faut certainement préciser l'idée d'autonomie du droit pour les formalistes américains. Pour mieux la comprendre, il est nécessaire de la diviser en deux éléments.

Le premier élément est constitué des techniques du raisonnement juridique, telle que l'identification de la *ratio decidendi* d'un cas, la distinction d'un cas avec un

<sup>61</sup> P. JESTAZ, « “Doctrines” vs sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société*, vol. 92, 2016, p. 139.

<sup>62</sup> Sur la distinction externalisme/internalisme, v. D. PRIEL, « Two Forms of Formalism », préc., et les références citées à la note 6.

<sup>63</sup> V. par ex. les explications que donne Karl N. Llewellyn sur la manière dont les disciplines non strictement juridiques ont été systématiquement expulsées de la formation des étudiants en droit.

autre cas (*distinguishing*), etc. Le second élément est constitué des prémisses substantielles sur lesquelles les conclusions juridiques s'appuient. Penser que le droit est autonome, c'est dire que ces deux éléments peuvent et doivent être appris des matériaux juridiques eux-mêmes, c'est-à-dire, dans un système prétorien, des cas. Rien d'étonnant dès lors que l'héritage majeur de Langdell et de ses disciples soit la *case method*<sup>64</sup>. Le droit était ainsi perçu comme aspirant au statut d'une science rigoureuse dont le laboratoire est la bibliothèque juridique. Comme l'écrit Dan Priel, le formalisme historique apparaît comme une *science des matériaux juridiques*<sup>65</sup>.

L'attaque des Réalistes porta bien plus sur la question des prémisses que sur celle du raisonnement juridique.

*Sur les prémisses.* Le fameux article de O. W. Holmes, *La voie du droit*<sup>66</sup>, devint la bannière des Réalistes, car l'un de ses nombreux messages était que les prémisses de l'argumentation juridique n'étaient pas internes au Droit, mais dépendaient des attitudes sociales dominantes d'un lieu et d'une époque particuliers. Parmi les forces « déterminant son contenu »<sup>67</sup>, il y a tout d'abord l'opinion publique : « Nous ne réalisons pas à quel point une large part de notre droit est ouverte à réévaluation au moindre changement dans les habitudes de l'esprit du public ». Holmes appelle les juristes à sortir du laboratoire langdellien pour s'intéresser aussi aux questions de politique législative, par essence mouvantes : « Une bataille cachée, à demi inconsciente, sur la question de la politique législative est en train de se dérouler, et si qui que ce soit pense qu'elle pourrait être réglée une fois pour toute par une simple déduction, je ne peux que lui dire qu'il a tort en théorie, et que je suis sûr que ses conclusions ne seront pas acceptées en pratique (...)»<sup>68</sup>. Le juge ne peut donc arriver à une décision satisfaisante que s'il pèse ouvertement les intérêts en présence au lieu de s'en remettre à son intuition : Holmes

« pense que les juges eux-mêmes ont échoué de manière identique à reconnaître leur obligation de pesée des considérations de mérites sociaux. Cette pesée est inévitable, et le résultat de l'aversion souvent déclarée des juges à s'occuper de telles considérations est d'abandonner au domaine

---

Llewellyn fait remonter la « faute originelle » aux conceptions de Joseph Story : « The Study of Law as a Liberal Art », in K. N. LLEWELLYN, *Jurisprudence – Realism in Theory and Practice*, Transactions Publishers, 2008, p. 375, spéc. p. 378-379.

<sup>64</sup> Sur la centralité du cas dans la méthode langdellienne et sur la critique réaliste, v. F.-X. LICARI, « Le traitement du cas dans la tradition du Réalisme juridique américain », 43 *Revue de la recherche juridique* (2018), p. 1885, spéc. p. 1891 et s.

<sup>65</sup> D. PRIEL, préc. *supra*, n. 7, spéc. p. 471.

<sup>66</sup> Oliver Wendell Holmes Jr., « The Path of the Law », 10 *Harvard Law Review* 457 (1897). Les traductions qui suivent sont empruntées pour l'essentiel à Laurent de Sutter, *La voie du droit*, coll. « Tiré à part », Dalloz, 2014.

<sup>67</sup> Holmes/ de Sutter, p. 17.

<sup>68</sup> Holmes/ de Sutter, p. 21.

de l'inarticulé, et souvent de l'inconscient [...], le véritable fondement de tout jugement »<sup>69</sup>.

Notons que pour Holmes, ce n'est tant le syllogisme lui-même qui pose problème. Dans son discours, Holmes insiste sur le fait que la logique est essentielle à la pensée juridique. Le « danger » dont il veut parler

« n'est donc pas l'acceptation de ce que les principes gouvernant les autres phénomènes gouvernent aussi le droit, mais plutôt l'idée qu'un système juridique donné, le nôtre, par exemple, puisse être déduit, comme en mathématiques, de quelque axiome général »<sup>70</sup>.

L'erreur formaliste est de penser qu'il n'y a que des matériaux juridiques que le juge insère dans le soi-disant syllogisme judiciaire.

« Derrière la forme logique se trouve un jugement quant à l'importance et à la valeur relatives de fondements législatifs contradictoires – un jugement, il est vrai, souvent inarticulé et inconscient, et qui, pourtant, constitue la base et le nerf de tout processus. Il est possible de donner à toute conclusion une forme logique »<sup>71</sup>.

En définitive, le droit doit bien être appréhendé comme une science et en cela il rejoint Langdell. Cependant, la science de Holmes n'est pas confinée aux seuls matériaux juridiques. Tout d'abord l'histoire joue un rôle central. Certes, chez Langdell et ses épigones, l'histoire est importante, mais elle sert avant tout à connaître l'évolution d'une doctrine des origines à nos jours<sup>72</sup>. Chez Holmes, puis ensuite chez les Réalistes, l'histoire devient un outil permettant une appréhension critique du droit :

« L'étude rationnelle du droit reste dans une large mesure l'étude de l'histoire. L'histoire doit être un aspect de cette étude parce que sans elle nous ne pourrions avoir une connaissance du but précis des règles [...]»<sup>73</sup>. Elle est un aspect de cette étude rationnelle, en ceci qu'elle constitue le premier moment de l'adoption d'un scepticisme éclairé, c'est-à-dire de la réévaluation délibérée de la valeur de ces règles ».

<sup>69</sup> P. 23.

<sup>70</sup> P. 18.

<sup>71</sup> P. 19. Ici nous nous éloignons de la traduction de de Sutter. Holmes utilise le mot « *form* » et non le mot « *formalism* ». Utiliser en français le mot « formalisme », pour traduire « *form* » laisse à penser que Holmes aurait inventé le mot « formalism » pour critiquer l'approche classique du droit, ce qui n'est pas le cas.

<sup>72</sup> Cette affirmation doit bien sûr être nuancée, car l'école historique américaine n'était pas monolithique : D. M. RABBAN, préc. *supra* n. 59, spéc. p. 322-377.

<sup>73</sup> Holmes/ de Sutter, p. 26.

Holmes met en garde contre l'« antiquarisme »<sup>74</sup> et invite à se « souvenir que le seul intérêt que présente pour nous le passé est la lumière qu'il jette sur le présent »<sup>75</sup>. La servitude vis-à-vis de la tradition doit être rejetée avec force :

« Il est révoltant de ne pas disposer de meilleure justification d'une règle de droit que le fait qu'elle ait été édictée sous Henri IV. Et il est encore plus révoltant que les justifications à son édicition se soient évanouies depuis, et que la règle ne persiste qu'en vertu de l'imitation aveugle du passé »<sup>76</sup>.

Toutefois, si l'histoire est un outil critique nécessaire, elle n'est pas suffisante. « Pour l'étude rationnelle du droit, l'homme de lettres peut bien être l'homme du présent, mais l'homme du futur sera l'homme de la statistique et le maître de l'économie »<sup>77</sup>. Quant aux Réalistes, ils intégreront dans leurs réflexions les autres sciences sociales avec un succès relatif. On assiste donc à un élargissement constant des frontières du droit<sup>78</sup>.

Cet élargissement des frontières du droit, cet abandon du formalisme est si évident qu'il est répété à l'envi dans les colonnes des revues juridiques que « nous sommes tous Réalistes maintenant »<sup>79</sup>. L'affirmation a pu être conforme à la réalité pendant quelques décennies. Elle ne l'est plus. Un courant d'interprétation appelé le textualisme a pris une place importante dans le paysage intellectuel américain ; ce courant est résolument formaliste et s'assume comme tel. Il s'agit

<sup>74</sup> Holmes/ de Sutter, p. 37.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Holmes/ de Sutter, p. 27. Sur l'attitude du Réalisme juridique américain vis-à-vis de l'histoire du droit, v. W. DE BEEN, *Legal Realism Regained – Saving Realism from Critical Acclaim*, Stanford University Press, 2008, p. 31-55.

<sup>77</sup> *Ibid.* Plus loin Holmes développe sa pensée et anticipe l'analyse économique du droit : « Je me réjouis d'avance du moment où le rôle joué par l'histoire dans l'explication d'un dogme sera réduit à presque rien, et où, au lieu de recherches érudites, nous pourrions consacrer notre énergie à l'étude des buts à atteindre et des raisons justifiant leur poursuite. En guise de première étape en direction de cet idéal, il me semble que chaque juriste se devrait de développer une compréhension fine de l'économie [...]. Si dans l'état actuel de l'économie politique, c'est encore d'histoire panoramique qu'il est question, on y est aussi requis de prendre en considération et de proposer une évaluation des fins poursuivies par la législation, des moyens mis en œuvre, et de leurs coûts respectifs. La leçon en est la suivante : pour toute chose que l'on possède, l'on doit en abandonner une autre, de sorte qu'il convient de peser les avantages attendus de l'une comme de l'autre pour pouvoir savoir ce que l'on fait au moment de choisir ». p. 37-38. Même si Holmes esquisse l'idée d'une analyse économique du droit, il serait hâtif d'affirmer que l'analyse économique du droit est l'héritière naturelle du Réalisme : les divergences idéologiques et méthodologiques entre les deux mouvements sont trop importantes : v. M. HORWITZ, *The Transformation of American Law*, préc., p. 269-271.

<sup>78</sup> Sur cette question, v. F. SCHAUER, « Law's Boundaries », 130 *Harvard Law Review* 2434 (2017).

<sup>79</sup> À notre connaissance, la première mention de cette expression vient de Beryll Harold Levy, « Book Review », 109 *Pa. L. Rev.* 1045 (1961), spéc. p. 1047 (compte-rendu de K. N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 1960) : « we are all realists now, my friend Gellhorn insists ».

du textualisme dont le héraut le plus fameux fut le juge Antonin Scalia mais qui a d'autres représentants.

## II. Le textualisme, science autonome du sens « objectif » ou « clair » du texte

Dans la période qui suivit la seconde guerre mondiale, le formalisme apparut comme un triste fantôme du passé et le terme lui-même acquit définitivement une connotation péjorative<sup>80</sup>. Les mouvements du *Public Policy*<sup>81</sup>, du *Legal Process*<sup>82</sup> ou encore du *Law and Economic*<sup>83</sup> semblaient marquer définitivement le rejet de toute aspiration à une approche du droit qui serait détachée de toute considération extrinsèque à la lettre du cas ou de la loi. On a pourtant assisté à une véritable renaissance du formalisme. Cette reviviscence est due à certains travaux universitaires qui reçurent le soutien de tout un groupe de juristes, avocats et juges associés à l'administration du Président Ronald Reagan.<sup>84</sup> La résurgence du formalisme concerna largement, mais pas uniquement le droit constitutionnel. Les formalistes de la fin du xx<sup>e</sup> s. appelèrent à un rejet de la vision évolutive de la constitution américaine et à un retour aux conceptions de ses rédacteurs. Cette théorie interprétative prit le nom d'*originalisme*. L'étude de l'*originalisme* dépasse le cadre de cette étude<sup>85</sup>. En ce qui concerne l'interprétation des lois non

<sup>80</sup> Ainsi, à titre d'exemple, la Cour suprême des États-Unis utilise exclusivement le terme « formalisme » de manière dépréciative: v. les nombreux arrêts cités et analysés par M. DE S.-O.- L'É. LASSER, *Judicial Deliberations – A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, OUP, 2004, p. 64-72.

<sup>81</sup> V. les articles canoniques suivants: H. LASSWELL & M. S. McDOUGAL, « Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest », 52 *Yale L. J.* 203 (1943); M. S. McDOUGAL, « Law as a Process of Decision: A Policy-Oriented Approach to Legal Study », 1956 *Natural Law Forum* 33.

<sup>82</sup> H. M. HART & A. M. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press, 1994 (William N. Eskridge & Philip F. Frickey eds.)

<sup>83</sup> R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 9<sup>e</sup> éd., 2014.

<sup>84</sup> M. DRY, « Federalism and the Constitution: The Founder's Design and Contemporary Constitutional Law », 4 *Const. Commentary*, 233, spéc. 233-234 (1987); 36; M. AVERY & D. McLAUGHLIN, *The Federalist Society: How Conservatives Took the Law Back from Liberals*, Vanderbilt University Press, 2013.

<sup>85</sup> Ce néologisme a été forgé par un opposant, dans un article désormais canonique: P. BREST, « The Misconceived Quest for Original Understanding », 60 *Boston University Law Review* 2014 (1980). La littérature sur le sujet est très volumineuse. Quelques articles permettent de s'orienter dans les débats doctrinaux et les différentes formes d'*originalisme*: R. KAY, « Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses », 82 *NW. U.L. Rev.* 226 (1988); D. A. FARBER, « The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed », 49 *Ohio St. L. J.* 1085 (1989); S. G. CALABRESI, « A Critical Introduction to the Originalism Debate », 31 *Harn. J.L. & Pub. Pol'y*, 875 (2008); un ouvrage récent, extrêmement bien argumenté et documenté présente une histoire complète des débats relatifs à l'*originalisme*, des origines à nos jours. Il montre que la Cour suprême des États-Unis n'a presque jamais mis en œuvre cette doctrine, et que celle-ci n'est présente dans aucune de ses grandes décisions. Cette doctrine est seulement

constitutionnelles, ces nouveaux formalistes en appellèrent à une adhésion stricte au texte de la loi, sans que celui-ci ne soit adultéré par une attention à l'histoire législative ou à l'intention du législateur. Cette théorie de l'interprétation prend le nom de textualisme. Tout comme Langdell aspirait à faire du droit une science, les textualistes voient dans l'interprétation des lois une science<sup>86</sup>.

#### **A. Le textualisme : interpréter le texte de loi par le texte de loi seul**

Aux États-Unis, comme en France d'ailleurs, l'approche conventionnelle de l'interprétation législative n'est pas arimée à « une grande théorie ». Elle pourrait être qualifiée d'éclectique<sup>87</sup> ou de pluraliste : un mélange plus ou moins savant de recours au texte, à des canons d'interprétation, aux travaux parlementaires, aux buts du législateur, à des considérations de politique juridique (*policy*), en somme c'est une sorte de *raisonnement pratique*<sup>88</sup>. Dans les années 1980, parallèlement à la montée en puissance de l'originalisme en droit constitutionnel, un courant formaliste contesta cette approche en faveur d'une méthode d'interprétation législative rigoureusement structurée et focalisée sur le sens clair (*plain meaning*) du texte<sup>89</sup>.

---

défendue par certains universitaires, politiques ou juges pour maintenir la croyance erronée que la Cour décide les cas qui lui sont soumis en « appliquant le droit » plutôt que les valeurs personnelles des juges. En remontant jusqu'aux origines de la République jusqu'à nos jours, l'auteur montre que lorsque l'originalisme est utilisé, il ne l'est que comme prétexte pour atteindre les résultats politiquement désirés. L'auteur analyse finement les opinions d'Antonin Scalia, pour montrer que ce juge qui se présentait lui-même comme un originaliste ne mettait en œuvre sa doctrine que lorsqu'elle lui permettait de favoriser une décision en accord avec ses convictions politiques. L'auteur montre ensuite que l'originalisme a subi tant de mutations doctrinales que ses versions les plus récentes devient impossibles à distinguer de la doctrine de la constitution vivante contre laquelle l'originalisme s'éleva à sa naissance. La conclusion est que l'originalisme est moins une doctrine de l'interprétation qu'un article de foi auquel certains continuent d'adhérer pour dépolitiser le débat constitutionnel et légitimer le contrôle de constitutionnalité des lois : E. J. SEGALL, *Originalism as Faith*, Cambridge U. P., 2018. En langue française, v. aussi M. Carpentier, « Variations autour de l'originalisme », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/3 (n° 107), p. 739 ; S. GOLTZBERG, « Dans quelle mesure faut-il réviser la notion de cruauté ? Enquête sur l'originalisme américain », *Revue de la recherche juridique*, 2015, p. 2187 ; C. R. SUNSTEIN, « Les fondamentalistes à la Cour suprême des États-Unis », *Critique internationale*, 2006/1 (n° 30), p. 9.

<sup>86</sup> A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, Princeton U. P. 1997, p. 3 et p. 14-15.

<sup>87</sup> D. A. FARBER, « Statutory Interpretation and the Idea of Progress », 94 *Mich. L. Rev.* 1546 (1996), spéc. p. 1547.

<sup>88</sup> V. notamment W. N. ESKRIDGE, Jr. & P. F. FRICKEY, « Statutory Interpretation as Practical Reasoning », 42 *Stan. L. Rev.*, 321, spéc. p. 324-345 (1990) ; R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, HUP, 1990, p. 71-123.

<sup>89</sup> F. H. EASTERBROOK, « Text, History, and Structure in Statutory Interpretation », 17 *Harn. J. L. & Pub. Pol'y* 61 (1994) ; R. S. SUMMERS & G. MARSHALL, « The Argument from Ordinary Meaning in Statutory Interpretation », 43 *N. Ir. Legal Q.* 213 (1992).

### 1. *Vue générale sur le textualisme*

Le textualisme postule que le juge peut et doit être lié par le sens objectivement déterminable d'une loi, car si des juges qui ne sont pas élus exercent une discrétion trop grande en résolvant les affaires qui leur sont soumises, le gouvernement démocratique est menacé<sup>90</sup>. Pour les textualistes, les considérations de politique juridiques doivent rester en dehors de l'enceinte judiciaire, le seul forum adapté pour en discuter est celui de l'assemblée législative. Le rôle du juge est d'appliquer les lois telles qu'elles sont écrites, sans avoir égard à des éléments extrinsèques tels que le but ou l'intention du législateur et sans tenter d'adapter la loi aux changements sociétaux<sup>91</sup>. Ces propositions engendrent plusieurs corollaires. En premier lieu, les travaux parlementaires ne doivent pas compter parmi les sources utilisées par le juge pour interpréter une loi. Cette réticence s'explique par une idée simple: le droit, c'est la loi que le Parlement a adoptée, pas les idées qui se trouvaient dans les esprits des représentants. De plus, consulter les travaux législatifs affaiblit la séparation des pouvoirs, car le Président peut seulement mettre son veto au texte de la loi et non aux motifs non écrits qui ont animé ceux qui ont voté cette loi.

Les textualistes ajoutent que permettre une référence au processus législatif comporte plusieurs problèmes. En premier lieu, cela revient à demander au juge de procéder à une recherche historique pour laquelle il est mal outillé. De plus, l'intention supposée du législateur servira le plus souvent de paravent à l'introduction par le juge de ses propres choix de politique juridique. Enfin, se référer aux travaux des commissions revient à donner le pouvoir à une partie seulement des membres d'une législature de s'ériger en interprètes officiels de la loi sans que leurs collègues aient pu être consultés. Plus fondamentalement, les textualistes font remarquer, que la notion même d'« intention du législateur » est critiquable. Une assemblée législative est un corps collectif, dont les membres sont souvent en désaccord si bien que la loi adoptée est le résultat d'un compromis entre des intérêts opposés<sup>92</sup>. Lorsque le législateur a failli à son rôle en ne réglant pas clairement un problème, il est inutile de vouloir combler la lacune. La meilleure chose à faire pour une juridiction est de mettre la loi de côté et d'admettre qu'elle n'offre aucune base pour la résolution du litige<sup>93</sup>. Une telle attitude aurait l'avantage d'inciter les législateurs à rédiger les

<sup>90</sup> W. N. ESKRIDGE, Jr., « The New Textualism », 37 *UCLA L. Rev.* 621, spéc. p. 646 (1990).

<sup>91</sup> F. H. EASTERBROOK, préc., spéc. p. 69.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 68. Les critiques sur la notion même d'intention du législateur ont été développées par le réaliste Max Radin et reprises à leur compte par les textualistes. M. RADIN, « Statutory Interpretation », 43 *Harv. L. Rev.* 863, spéc. p. 876-877 (1930); F. EASTERBROOK, « Statutes Domains », 55 *U. Chi. L. Rev.* 533; A. SCALIA et B. A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson West, 2012, p. 29: « *The most destructive (and most alluring) feature of purposivism is its manipulability. Any provision of law or of private ordering can be said to have a number of purposes, which can be placed on a ladder of abstraction* ».

<sup>93</sup> F. EASTERBROOK, « Statute's Domains », 50 *Chi. L. Rev.* 533 (1983).

lois plus soigneusement<sup>94</sup>. Le processus démocratique est ainsi favorisé par cette stratégie formaliste. Si le législateur considère que la solution retenue par les juges n'est pas satisfaisante, il lui appartient d'intervenir.

Selon Easterbrooke, cette méthode est « un processus mécanique d'interprétation, relativement peu imaginaire » promu au nom du respect du monopole du législateur en terme de politique juridique<sup>95</sup>. Selon un autre éminent représentant du textualisme, cette méthode est cohérente avec la fonction de juger qui suppose de suivre les contours de catégories analytiques et logiques et d'opérer selon des règles claires et non selon des principes flous<sup>96</sup>. Le textualisme est résolument non dynamique et imperméable à tout jugement judiciaire de valeur. C'est une de ces caractéristiques essentiellement formalistes du textualisme.

## 2. Les éléments résolument formalistes du textualisme

- a. La centralité des canons d'interprétation chez les textualistes: le droit comme science des matériaux juridiques et comme grammaire

Parce que les textualistes ont une conception élevée de la suprématie du législateur, leur scepticisme à propos de l'intention du législateur ou de l'interprétation téléologique a inspiré un intérêt renouvelé pour les canons d'interprétation, particulièrement pour les canons linguistiques ou syntaxiques, réputés objectifs<sup>97</sup>. C'est un peu la loi de l'éternel retour: naguère critiqués pour leur formalisme, leur caractère mécanique et contradictoire<sup>98</sup>, les canons sont aujourd'hui prisés

<sup>94</sup> Article anonyme, « Why Learned Hand Would never Consult Legislative History Today », 105 *Harv. L. Rev.* 1005 (1992), spéc. p. 1022.

<sup>95</sup> *Supra*, n. 89, p. 67.

<sup>96</sup> A. SCALIA, « Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis », 40 *Case W. Res. L. Rev.* 581 (1989-1990), spéc. p. 593; v. aussi A. SCALIA, « The Rule of Law as a Law of Rules », 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989).

<sup>97</sup> SCALIA & GARNER, *Reading Law*, préc., en analysent 57 ainsi que 13 « idées fausses » sur l'interprétation que l'on peut compter aussi comme de canons herméneutiques. Les auteurs seraient loin du compte, puisque selon un spécialiste de la question, on peut en recenser 187 différents utilisés par la Cour Suprême: W. N. ESKRIDGE, Jr., « The New Textualism and Normative Canons », 113 *Columbia Law Review* 532 (2013), spéc. p. 536.

<sup>98</sup> La critique la plus fameuse est celle de K. N. LEWELLYN, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to be Construed », 3 *Vand. L. Rev.* 395 (1950): les canons d'interprétation ne doivent pas être pris au sérieux car pour chaque canon, il existe un contre-canon qui vient en annuler la portée. Sur le caractère formaliste des canons, v. par ex. Frederick de Sloovere qui dénonçait « les canons d'interprétation linguistique » comme des outils utilisés pour « éviter le travail d'étudier l'histoire d'une proposition de loi, de laquelle peut être glanée une meilleure compréhension des objectifs législatifs » (F. J. DE SLOOVERE, « Extrinsic Aids in the Interpretation of Statutes », 88 *U. Pa. L. Rev.* 527 (1940), spéc. p. 528); Harry Wilmer Jones observait la même année que « les cours fédérales [...] ont une tendance de plus en plus marquée à déterminer

par les textualistes qui y voient des instruments rationnels d'explicitation des textes juridiques<sup>99</sup>. Dans la mesure où les canons d'interprétation sont un outil permettant de déterminer l'intention du législateur<sup>100</sup>, leur mise en valeur par les textualistes peut sembler surprenante. À ce stade, il est important de nuancer l'affirmation selon laquelle les textualistes ne donnent aucun crédit à l'intention du législateur. En réalité, les textualistes accordent un intérêt à ce que l'on pourrait appeler l'intention objectivée du législateur, c'est-à-dire celle qui peut être déduite des notions communément admises à propos du langage et de ses mécanismes. C'est dire que les textualistes acceptent les prémisses wittgensteiniennes selon lesquelles le langage n'a pas de sens intrinsèque et que le commandement de la loi ne peut véhiculer un sens que parce que le législateur et les juges font partie d'une communauté interprétative qui partage des conventions quant à la manière de décoder les commandements législatifs. Bien qu'il ne soit pas lui-même un textualiste, Joseph Raz a expliqué les raisons pour lesquelles quelqu'un qui croit en la suprématie quasi absolue du législateur doit impérativement recourir à des canons objectifs d'interprétation<sup>101</sup>. Selon Raz, même si la notion d'intention du législateur est en effet un concept sans substance, il n'aurait guère de sens d'accorder à une institution le pouvoir de faire des lois sans présumer que la loi faite par cette institution est la loi qu'elle avait l'intention de faire. En partant de cette prémisse, Raz suggère que la condition minimale pour assurer la suprématie du législateur est satisfaite si et seulement si le législateur a l'intention d'adopter une loi qui sera lue selon les conventions qui prévalent dans la communauté des juristes. Même si nous ne pouvons connaître l'intention du législateur, nous pouvons lui imputer la volonté de dire ce qui serait normalement compris comme étant dit dans les circonstances dans lesquelles il les a dites. Assigner une telle intention objective au législateur justifie qu'il réponde des lois qu'il a adoptées, qu'il ait existé ou non une intention individuelle ou collective concernant les détails de cette loi. Il s'agit là d'une des idées cardinales du textualisme. Dès lors, une législation n'a pas de sens sans canons d'interprétation, comme le souligne aussi l'un des philosophes textualistes contemporains les plus influents.

---

l'application des lois par référence à leur histoire législative ou à leurs objectifs sous-jacents, plutôt que par l'emploi mécanique, et de ce fait plus confortable, des canons ou règles traditionnels d'interprétation » (« Statutory Doubts and Legislative Intention », 40 *Columbia Law Review* 957 (1940), spéc. p. 959.

<sup>99</sup> J. F. MANNING, « Legal Realism and the Canon's Revival », 5 *Green Bag* 283 (2002).

<sup>100</sup> Sur cette fonction essentielle et unique des canons d'interprétation, v. M. SINCLAIR, « Only a Sith Thinks Like That: Llewellyn's Dueling Canons, One to Seven », 50 *NYL Sch. L. Rev.* 919 (2005), spéc. p. 924-925; J. SCOTT, « Codified Canons and the Common Law of Interpretation », 98 *Geo. L. J.* 341 (2010), spéc. p. 346.

<sup>101</sup> M. CARPENTIER, « Autorité, intention, innovation. Joseph Raz et la théorie de l'interprétation », *Kléxis*, n° 21, 2011, p. 157.

Si les textualistes présentent les canons sémantiques, syntaxiques, grammaticaux ou contextuels<sup>102</sup>, ils rejettent en théorie les canons substantiels<sup>103</sup>, dans la mesure où ceux-ci véhiculent une politique juridique plutôt qu'un moyen de comprendre la communication du législateur<sup>104</sup>. La grammaire a ses lois, ce qui lui donne cette « objectivité » et cette « scientificité » tant importante aux yeux des formalistes. Il s'agit cependant d'un leurre. Tout d'abord parce que, comme Scalia et Garner le reconnaissent eux-mêmes et à juste titre, aucun canon n'est absolu. Chacun d'eux peut être écarté par un autre principe ayant une force supérieure et montrant une autre direction<sup>105</sup>. Ensuite et surtout parce que même le canon le plus objectif comme celui du « sens ordinaire » est normatif en ce qu'il tend à imposer une normalisation de la compréhension la langue anglaise vis-à-vis du Congrès<sup>106</sup>. Le

<sup>102</sup> V. not. les canons 6 à 37 développés par A. SCALIA & B. A. GARNER, *Reading Law – The Interpretation of Legal Texts*, West, 2012, p. 69-234.

<sup>103</sup> Sur ces canons v. not. J. SCOTT, préc., spéc. p. 382-396. L'auteur recense quatre types de « *substantive policy canons* » : « *separation-of powers-canons* », « *due process canons* », « *statute-based canons* » et « *common law-based canons* » ; A. C. BARRETT, « Substantive Canons and Faithful Agency. » *BUL Rev.* 90 (2010) : 109 ; A. C. SPIROPOULOS, « Making Laws Moral: A Defense of Substantive Canons of Construction. » *Utah L. Rev.* (2001) : 915 ; A. L. TYLER, « Continuity, Coherence, and the Canons » *Nw. UL Rev.* 99 (2004) : 1389 ; A. S. KRISHNAKUMAR, « Reconsidering Substantive Canons », 84 *University of Chicago L. R.* 825 (2017) ; A. S. KRISHNAKUMAR & V. NOURSE, « The Canon Wars », 97 *Tex. L. Rev.* 163 (2018) (recension de W. N. ESKRIDGE, Jr., *Interpreting Law: A Primer on How to Read Statutes and the Constitution* [2016] & A. SCALIA & B. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* [2012]).

<sup>104</sup> Ainsi Antonin Scalia et Bryan A. Garner critiquent le canon selon lequel les lois qui ouvrent une action (*remedial statutes*) doivent être interprétées libéralement (SCALIA & GARNER, *op. cit.*, p. 364 et s.). Parmi les cinquante-sept canons herméneutiques proposés par les auteurs, un nombre non négligeable d'entre eux peuvent être qualifiés de substantiels : la présomption de validité, c'est-à-dire qu'une interprétation qui permet de valider une loi prévaut sur celle qui conduirait à son invalidation (canon n° 5, « *ut res magis valeat quam pereat* », p. 66 et s.). Ce canon est à rapprocher de celui dit du « doute constitutionnel », selon lequel une loi devrait être interprétée d'une manière qui évite de mettre sa constitutionnalité en doute (canon n° 38, p. 247 et s.) ; le canon de l'intelligibilité, selon lequel un texte inintelligible est inopérant (canon n° 16, p. 134 et s.) ; le canon de l'absurdité (canon n° 37, p. 234 et s.), selon lequel une disposition devrait être écartée ou judiciairement corrigée (si la correction est simple à opérer d'un point de vue textuel) si s'abstenir de procéder ainsi devait maintenir une disposition qu'aucune personne raisonnable n'approuverait. On notera que ce canon substantiel est strictement délimité par les auteurs ; la présomption contre la rétroactivité (canon n° 41, p. 261 et s.) ; tout aussi substantiel nous paraît être le canon de l'« action pendante » : lorsqu'une disposition législative est modifiée pendant qu'une action est pendante, les tribunaux doivent appliquer le nouveau droit à moins que procéder ainsi viole la présomption contre la rétroactivité (canon n° 42, p. 266 et s.) ; on peut aussi mentionner les canons 43 (présomption contre l'extraterritorialité d'une loi, p. 266), 45 (*patere legem quem fecisti*, p. 278 et s.), 46 (une loi n'abandonne pas l'immunité souveraine d'un état sauf disposition univoque, p. 281 et s.), 47 (une loi fédérale est présumée compléter une loi d'un état de la fédération plutôt que de l'écartier) ; il en est de même de l'interprétation *in favorem* des dispositions de droit pénal (« *rule of lenity* », canon n° 49, p. 296 et s.) ; il en est de même pour le canon n° 50 (« *mens rea canon* », p. 303 et s.).

<sup>105</sup> SCALIA & GARNER, préc., p. 59.

<sup>106</sup> W. N. ESKRIDGE, « Normative Canons », préc. p. 552-560. L'auteur soutient de façon convaincante que, d'une manière générale, les canons que les auteurs présentent comme neutres sont saturés de

recours aux canons n'est pas propre aux formalistes, mais il est devenu un pilier de ce courant interprétatif. Dès lors la question, pour les textualistes, n'est pas s'il faut recourir aux canons, mais à quels canons recourir afin de rendre aussi intelligibles que possible les paroles du législateur. D'une manière générale, on assiste à un regain d'intérêt pour l'étude des canons d'interprétation<sup>107</sup>.

b. Le but de la *loi* et non celui du *législateur*

L'idée selon laquelle le formalisme est une science du document juridique s'illustre encore dans la manière dont les textualistes abordent la question du but du texte. Les textualistes admettent bien entendu que les mots se voient donner un sens par le contexte. Ils admettent aussi que le contexte inclut le but de la loi. Dès lors, la différence entre l'interprétation téléologique (*purposivism*) et le textualisme n'est pas que seule la première prend le but en considération. Le but du texte est presque toujours pris en compte par le textualiste. Mais ce qui caractérise le textualisme, c'est que ce but ne s'apprend pas d'éléments extrinsèques au texte législatif. En effet, lorsque Antonin Scalia admet l'importance du but de la loi, cette admission s'accompagne de quatre limites<sup>108</sup>. La première est que le but doit être dérivé du texte seul et pas de sources extérieures comme les travaux parlementaires ou des suppositions sur les vues de l'auteur du texte (législateur ou auteur du projet ou de la proposition de loi)<sup>109</sup>. La seconde est que le but doit être formulé précisément et non pas d'une manière qui fasse « entrer en contrebande » la réponse à la question posée au juge. Scalia donne l'exemple d'un texte disposant que la partie succombante paye les honoraires d'avocat de la partie gagnante et que la question posée au juge est de savoir si les honoraires d'expert sont inclus. Il est clair que selon le sens ordinaire du mot avocat, les frais d'expertise ne sont pas inclus. Mais si l'interprète vient à considérer que le « but »

---

normes et requièrent des jugements normatifs de la part des juges qui les mettent en œuvre.

<sup>107</sup> J. R. MACEY, and G. P. MILLER, « Canons of Statutory Construction and Judicial Preferences » *Vand. L. Rev.* 45 (1992): 647; W. N. ESKRIDGE Jr, « Norms, Empiricism, and Canons in Statutory Interpretation » *U. Chi. L. Rev.* 66 (1999): 671; E. L. RUBIN, « Modern Statutes, Loose Canons, and the Limits of Practical Reason: A Response to Farber and Ross » *Vand. L. Rev.* 45 (1992): 579; R. J. MARTINEAU, « Craft and Technique, Not Canons and Grand Theories: A Neo-Realist View of Statutory Construction » *Geo. Wash. L. Rev.* 62 (1993): 1.; M. SINCLAIR, « Only a Sith Thinks Like That: Llewellyn's Dueling Canons, One to Seven » *NYL Sch. L. Rev.* 50 (2005): 919; B. C. MANK, « Textualism's Selective Canons of Statutory Construction: Reinvigorating Individual Liberties, Legislative Authority, and Deference to Executive Agencies » *Ky. Lj* 86 (1997): 527; A. S. KRISHNAKUMAR, « Dueling Canons. » *Duke Lj* 65 (2015): 909.

<sup>108</sup> GARNER & SCALIA, *op. cit.*, p. 56 et s. : Canon n° 2: Supremacy-of-Text-Principle (Principe de la suprématie du texte)

<sup>109</sup> Les auteurs insistent sur la nécessité d'écarter les travaux préparatoires et les déclarations des parlementaires: GARNER & SCALIA, *op. cit.*, p. 369-391.

de cette disposition législative est de faire en sorte que le gagnant ne supporte aucuns frais liés au procès qu'il a mené, l'acception du mot avocat pourrait être écartée pour inclure l'expert. Pour un textualiste, découvrir un tel but sans indication claire dans le texte consiste à apporter la réponse voulue par le juge et non celle apportée par le texte. En d'autres termes, avancer un but tel que « le gagnant doit sortir du procès indemne de tout frais » revient à prendre comme hypothèse ce qui doit être prouvé : que rembourser les frais d'avocat signifie rembourser aussi les autres frais. En troisième lieu, le but doit être formulé en des termes aussi concrets que possible. Scalia prend l'exemple d'une loi édictant un délai de prescription. Le but de la prescription extinctive est d'obliger le titulaire d'un droit à introduire sa demande dans un certain délai ; elle ne doit pas être considérée comme « promouvant la justice ». Laisser un juge interpréter le but d'une loi comme étant celui de poursuivre le but abstrait de promouvoir la justice, c'est le laisser décider ce que le texte devrait dire – décider ce qu'est la justice ou l'équité – et non décider ce que le texte lui-même signifie. Après tout, à un niveau général et abstrait, toute loi ne promet-elle pas la justice ou l'équité, ou, à tout le moins, ne le devrait-elle pas ? En dernier lieu, à moins d'une erreur de plume, le but, même ainsi strictement défini, ne peut être utilisé pour contredire ou compléter le texte. Le but ne peut qu'aider à choisir entre plusieurs sens possibles du texte. C'est dire que les limitations d'un texte – les questions que le texte décide de ne pas couvrir – font elles aussi partie du but du texte. Ce que le texte décide de ne pas faire doit être autant respecté que ce qu'il décide de faire.

De nombreux canons mis en avant par Scalia et Garner illustrent la volonté de se concentrer sur le texte et d'en « sortir » le moins possible. Ainsi en est-il du canon n° 8, *casus omissus pro omisso habendus est*<sup>110</sup> : rien ne doit être ajouté à ce que dit le texte ou à ce qu'il implique raisonnablement. En d'autres termes, une matière non couverte par le texte doit être traitée comme non couverte. Il n'y a pas de place pour le raisonnement par analogie. Scalia et Garner s'élèvent contre tous les auteurs qui soutiennent que le juge a le pouvoir de combler les « lacunes » en recherchant ce que le législateur aurait voulu. S'appuyant sur Hans Kelsen, les auteurs affirment que la lacune n'est pas un « vide » qui rend la décision de la cour logiquement impossible. Plutôt, il s'agit d'une différence entre ce que la loi apporte et ce que le juge cherchant à « découvrir » et de « combler » la lacune pense qu'elle aurait dû apporter. Toujours selon Scalia et Garner, cette prétendue lacune se révèle invariablement comme étant ce que le juge croit désirable ; reconnaître au juge le pouvoir de combler les lacunes revient à lui reconnaître le pouvoir d'écrire ou de réécrire le droit. Les auteurs insistent sur le fait que sa position ne repose pas sur la

<sup>110</sup> « Un cas omis doit être traité comme s'il avait été omis intentionnellement » : SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 8 : « Omitted-Case Canon », p. 93 et s. Sur ce canon herméneutique, v. aussi S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, PUF, 2018, p. 44-46.

croissance naïve que lorsque le législateur décide de réglementer un domaine, il le réglemente nécessairement entièrement. Cette position repose sur le principe du gouvernement démocratique: un « amendement judiciaire » de la loi vient contredire ce principe. Les auteurs reconnaissent qu'il existe quelques exceptions au principe, comme les « lois de *common law* » (« *common law statutes* »)<sup>111</sup> tel le *Sherman Act*, dont la formulation vague a toujours été comprise comme déléguant aux Cours fédérales un pouvoir important de concrétisation et de « mise à jour ». Ils admettent aussi que ce canon doit parfois être concilié avec le principe selon lequel un texte n'inclut pas seulement ce qui est expressément exprimé mais aussi ce qui est implicite. Cette question ne peut pas être développée ici, mais il est loisible de noter que la détermination de ce qui est implicite laisse une marge de manœuvre à l'interprète.

- c. Le contexte, c'est le texte lui-même ou, éventuellement, d'autres textes de loi

Une autre illustration de l'idée selon laquelle le textualisme est un formalisme parce qu'il ne s'attache qu'au texte et non aux éléments extrinsèques est la façon dont celui-ci traite le contexte. Bien entendu, les textualistes n'ignorent pas qu'un énoncé ne produit pas de sens s'il est extirpé de son contexte. Mais pour les textualistes, le contexte... c'est le reste du texte. Le contexte sociétal ou politique n'est jamais une référence valable. Les canons contextuels mis en avant par Scalia et Garner illustrent bien notre propos. Le canon 24 (*Whole-text canon*)<sup>112</sup> invite à interpréter le texte de loi comme un tout. Pour Scalia et Garner, c'est le canon contextuel fondamental. C'est la totalité du document qui révèle le contexte pour chacune de ses parties. Plusieurs autres principes dérivent de ce canon contextuel: par exemple la maxime selon laquelle l'interprétation qui est donnée du texte doit favoriser le but de celui-ci (présomption contre l'ineffectivité – canon n° 4)<sup>113</sup> ou encore que, si cela est possible, aucun mot ne devrait être rendu superflu par l'interprète (canon n° 26)<sup>114</sup>, qu'un mot ou une expression est présumé avoir le même sens tout au long

<sup>111</sup> Sur cette notion, v. M. H. LEMOS, « Interpretive Methodology and Delegations to Courts: Are "Common-Law Statutes" Different? », *Intellectual property and the common law*, Shyam Balganeshe ed., Cambridge University Press (2015), p. 89.

<sup>112</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 24 (« canon du texte entier »), p. 167 et s.

<sup>113</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 4, « Presumption against Ineffectiveness » (Présomption contre l'ineffectivité), p. 63 et s. Une interprétation textuelle permise qui favorise le but du texte doit être favorisée par rapport à une interprétation qui lui ferait obstacle.

<sup>114</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 26, « Surplusage canon » (litt. canon relatif à la superfluité, c'est-à-dire principe de l'effet utile). Ce canon est aussi connu sous la forme d'une locution latine: *verba cum effectu sunt accipienda*. Sur ce canon herméneutique, v. aussi S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, PUF, 2018, p. 160 et s.

du document (canon n° 25)<sup>115</sup>, que les différentes dispositions d'un texte doivent être interprétées de manière à les rendre compatibles plutôt que contradictoires (canon n° 27)<sup>116</sup>, ou que le sens ambigu d'un mot doit être déterminé en fonction du mot avec lequel il est associé dans la loi (canon n° 31)<sup>117</sup>. Le contexte peut être aussi un autre texte de loi, mais portant sur la même matière (canon n° 39)<sup>118</sup>. Comme le notent Scalia et Garner, un mot ou une expression ambigus font non seulement partie de la loi dans laquelle ils se trouvent, mais de tout un *corpus juris*. Dans la mesure du possible, un mot (ou une expression) doit être interprété en harmonie avec les lois se trouvant *in pari materia*. Scalia et Garner ne nient pas que l'exigence d'une même matière laisse une importante marge de manœuvre à l'interprète. La justification de ce canon rejoint ce que nous avons dit plus haut sur les canons comme outils permettant de prendre en compte l'intention objective du législateur.

« Bien qu'il soit souvent présenté comme réalisant l'«intention du législateur», ce canon des lois affiliées n'est pas basé, à la vérité, sur une analyse réaliste de ce que le législateur a réellement voulu dire. Cela supposerait de sa part une connaissance invraisemblable de toute la législation du passé ayant une relation avec la loi en cause [...]. Cependant le canon est basé sur une analyse réaliste de ce que le législateur aurait dû vouloir dire. Il repose sur deux principes solides: 1) que le corpus juridique a du sens et que (2) les cours ont la responsabilité de faire en sorte qu'il en ait, dans les limites des sens possibles du texte »<sup>119</sup>.

Une autre question particulièrement intéressante est celle de la manière dont il faut traiter le matériau qui n'est pas au cœur du texte de loi lui-même, mais qui en fait partie cependant. Il s'agit tout d'abord de ce que Scalia appelle les matériaux préliminaires (*prefatory materials*—canon, n° 34)<sup>120</sup>: le préambule, les « considérants », les dispositions indiquant le but général de la loi etc. Scalia et Garner considèrent que ce matériau peut être un indicateur du sens d'un mot ou d'une expression même s'il ne fait pas à proprement parler partie de la loi. Deux limites importantes sont toutefois posées. En premier lieu, l'expression d'un but spécifique dans le

<sup>115</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 25, « Presumption of Consistent Usage » (présomption d'usage cohérent), p. 170 et s.

<sup>116</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 27, « Harmonious-Reading Canon » (« Canon de la lecture harmonieuse »), p. 180 et s.

<sup>117</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 31, « Associated-Words Canon » (« Canon des mots associés ») ou « *noscitur a sociis* ». Sur ce canon herméneutique, v. aussi S. GOLTZBERG, *op. cit.*, p. 114 et s.

<sup>118</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 39, « Related Statutes Canon » (canon des lois affiliées ou reliées), p. 252 et s. Ce canon est aussi connu sous l'expression « *In pari materia* », « sur la même matière ». Sur ce canon herméneutique, v. aussi S. Goltzberg, *op. cit.*, p. 79 et s.

<sup>119</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.* et *loc cit.*

<sup>120</sup> SCALIA & GARNER, *op. cit.*, canon n° 34, « Prefatory Materials Canon » (« canon des matériaux préliminaires »), p. 217 et s.

matériau préliminaire ne pourra pas limiter une disposition plus générale du texte de la loi. Il n'y a pas d'incohérence entre les deux affirmations puisque les actions ou remèdes qu'offre une loi vont souvent au-delà du problème immédiat qui a motivé l'adoption de la loi. À l'inverse, un but exprimé en termes très généraux ne peut pas ajouter aux dispositions spécifiques du texte. Il y a plusieurs raisons à cela selon les auteurs. Aucune législation ne poursuit le but exprimé à tout prix. Il n'existe pas non plus de règle selon laquelle les limitations contenues dans la loi devraient se retrouver toutes dans le préambule. Comme toute indication du but de la loi, le matériau préliminaire ne peut qu'aider l'interprète à choisir entre plusieurs sens possibles. Autrement dit, si le texte est clair, le matériau préliminaire ne peut pas être invoqué pour s'en détourner. Les auteurs ajoutent que si des dispositions qui se trouvent normalement dans les matériaux préliminaires se trouvent incorporés au texte elles n'acquiescent pas plus de poids. Prenons un exemple concret : une loi impose « que les chiens soient muselés en vue d'éliminer la rage ». Est-ce que le fait que le but ait été exprimé dans un article ordonnant une action en fait une condition nécessaire de cette action ? En d'autres termes, l'existence de la rage doit-elle perdurer pour que la loi sur le musellement des chiens continue à produire ses effets ? La réponse est non : pour Scalia et Garner la maxime « *cessante ratione legis cessat lex ipsa* » n'est pas une maxime qui s'applique à l'interprétation des lois<sup>121</sup>. Le but exprimé ne peut pas neutraliser le langage opératoire de la loi. Là encore on notera l'exclusion d'un facteur extrinsèque et manipulable, la *ratio legis*<sup>122</sup>. Dans la même veine, le titre d'une loi ou une rubrique de celle-ci peuvent aider à résoudre une ambiguïté qui se trouverait dans le texte. Ils ne peuvent permettre d'écarter ou modifier le sens clair d'un mot ou d'une expression (canon n° 35)<sup>123</sup>.

## B. Le textualisme et ses critiques

Cette conception de la séparation des pouvoirs ne correspond pas à la tradition américaine. Elle sert seulement la stratégie formaliste de restriction des pouvoirs du juge et de séparation du droit et de la politique.

Le textualisme peut se voir reprocher ce qu'il reproche aux méthodes d'interprétations concurrentes : il laisse les juges relativement libres d'injecter leurs propres valeurs dans le processus d'interprétation. Les canons mis en avant par les textualistes ne sont pas réellement ou seulement syntaxiques, ils sont aussi normatifs

<sup>121</sup> SCALIA ET GARNER, *op. et loc. cit.* ; sur cette maxime, v. aussi S. GOLITZBERG, *op. cit.*, p. 46 et s.

<sup>122</sup> La question de la désuétude d'une loi est elle aussi extrinsèque et dans une certaine mesure manipulable. L'argument de la désuétude n'est donc pas permis pour les textualistes (canon n° 57) : SCALIA ET GARNER, *op. cit.*, p. 336 et s.

<sup>123</sup> SCALIA ET GARNER, *op. cit.*, canon n° 35, « Title-and-Headings Canon » (« canon du titre et des rubriques »), p. 221 et s.

et donc laissent une place certaine à la prédilection et aux valeurs de l'interprète<sup>124</sup>. Ces valeurs sont généralement conservatrices<sup>125</sup>. Pour ce faire, les textualistes attribuent un « sens clair » à des dispositions législatives que la plupart des observateurs considéreraient comme ambiguës ou incohérentes et vont même jusqu'à attribuer un sens clair à des expressions législatives qui étaient presque universellement considérées comme ayant un sens contraire depuis plusieurs décennies<sup>126</sup>.

Enfin, plusieurs auteurs ont démontré que Scalia lui-même a adopté une méthode non originaliste ou non textualiste à plusieurs reprises pour favoriser l'interprétation qui convenait le mieux à sa sensibilité politique. Dans la même veine, il apparaît que des juges qui adhèrent au textualisme ont pu parvenir à une compréhension totalement différente d'un même texte<sup>127</sup>.

Si ces arguments discréditent le textualisme en tant que méthode formaliste d'interprétation, ils ne légitiment pas encore une méthode d'interprétation concurrente, qui a émergé sous le nom d'« interprétation dynamique » et qui à bien des égards rappellent la libre recherche scientifique de François Gény.

Trois arguments principaux ont été avancés par William Eskridge, un des auteurs à avoir théorisé cette méthode de manière très complète.

Le premier argument est que même dans les institutions hiérarchiques telles que l'armée, les agents se trouvant en bas de la hiérarchie se voient reconnaître une autorité suffisante pour improviser dans le but d'adapter les ordres qu'ils ont reçus à des circonstances changeantes. D'un point de vue organisationnel, un processus décisionnel strictement légaliste a peu de chance de réussir dans un environnement pluraliste ou prompt au changement. Pour étayer son argument, Eskridge reprend l'analogie forgée par Richard Posner avec le commandant d'un peloton qui a perdu le contact radio avec l'état-major au beau milieu d'une bataille.

En second lieu, Eskridge soutient qu'un certain degré de dynamisme est inhérent à l'entreprise d'interprétation elle-même : toute interprétation suppose nécessairement de faire se rencontrer le monde du lecteur avec celui de l'auteur si bien qu'une interprétation statique est impossible. D'un point de vue plus pratique, l'auteur souligne que virtuellement tous les domaines du droit américain reflètent un degré plus ou moins élevé d'interprétation dynamique, du droit

---

<sup>124</sup> W. N. ESKRIDGE JR, « The New Textualism and Normative Canons. » (2013) : 113 *Colum. L. R.* 531 (2013), spéc. p. 552 et s. ; S. M. DURDEN, « Textualist Canons: Cabining Rules or Predilective Tools », 33 *Campbell L. Rev.* 115 (2010).

<sup>125</sup> W. N. ESKRIDGE & P. F. FRICKEY, « The Supreme Court, 1993 Term - Foreword: Law as Equilibrium », 108 *Harvard L. Rev.* 26 (1994), spéc. p. 77.

<sup>126</sup> R. J. PIERCE, JR., « The Supreme Court's New Hypertextualism: An Invitation to Cacophony and Incoherence in the Administrative State », 95 *Colum. L. Rev.* 749 (1995).

<sup>127</sup> E. J. SEGALL, *Originalism as Faith*, Cambridge U. P., 2018, spéc. p. 122-140 ; V. Nourse, « Textualism 3.0: Statutory Interpretation after Justice Scalia », *Ala. L. Rev.* 70 (2018) : 667.

des contrats au droit des trusts. L'argument du droit comparé est aussi invoqué. Même les systèmes continentaux, que les auteurs américains voient généralement comme hautement formalistes, pratiquent l'interprétation dynamique. De plus, même les textualistes utilisent des canons d'interprétation qui en pratique insistent un élément dynamique dans leur processus d'interprétation. Finalement, l'interprétation dynamique n'a rien d'une nouveauté effrayante.

En troisième lieu, on voit mal comment un système juridique peut fonctionner effectivement sans un certain degré d'interprétation dynamique. Il n'est guère possible de réviser les lois américaines à intervalles réguliers. Inévitablement, certaines lois, même importantes, resteront intactes pendant des décennies ou plus. Des anomalies intolérables finiront par surgir s'il n'existe pas quelque moyen de maintenir ces lois avec l'évolution de l'environnement juridique et social. Enfin et surtout, le refus des textualistes de se référer aux travaux préparatoires paraît radicalement anti-démocratique.

### III. Un peu de réalisme sur le formalisme

#### A. *Un peu de réalisme sur le formalisme historique : la question du mythe*

Le formalisme imputé à Christopher Columbus Langdell et à ses disciples n'a cessé d'être attaqué des origines à nos jours. Pourtant d'aucuns y voient un mythe du droit américain, un homme de paille (2). D'autres, plus modérés, relativisent sa portée (1).

##### 1. *Le formalisme relativisé : tous les formalistes ou presque sont un peu réalistes*

Tout d'abord, il importe de noter que lorsque les Réalistes critiquaient les positions de leurs aînés, ils n'employaient jamais le mot « formalisme » ou « formaliste ». Si l'on en croit Tamanaha, c'est Grant Gilmore qui utilisa le premier ce mot dans un article paru en 1968<sup>128</sup>. En réalité, cette référence est erronée. Dans cet article, Gilmore ne parle ni de Langdell ni de son conceptualisme, ni de ce qu'il est d'usage d'appeler aujourd'hui « *legal formalism* ». Il expose le formalisme qui règne en droit des sûretés financières, cherche ses origines historiques et explique les modifications qui ont été apportées par une loi à la rédaction de laquelle il a participé. Toujours selon Tamanaha, l'expression fit ensuite florès et se retrouva dans de nombreux titres d'articles<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> G. GILMORE, « Security Law, Formalism and Article 9 », 47 *Neb. L. Rev.* 659 (1968).

<sup>129</sup> TAMANAHA, *op. cit.*, p. 59-61.

Le *nom* est tardif, c'est entendu. Mais correspond-il à une quelconque *réalité*? La recherche historique de ces dernières décennies a montré que les opinions des auteurs censés représenter l'orthodoxie ou le classicisme juridiques étaient plus nuancées que ce que pouvait suggérer une certaine caricature réaliste: on trouve parmi eux de nombreux juristes développant des idées dans lesquelles la politique juridique, la morale ou encore les considérations historiques jouent un rôle important<sup>130</sup>. Ce n'est pas dire que l'on ne trouve pas de propos empreints de formalisme dans les écrits doctrinaux de la période considérée. Ainsi John Chipman Gray, dans son ouvrage cardinal sur « la règle d'interdiction des perpétuités » a pu écrire:

« Si la réponse à un problème ne cadre pas avec la table de multiplication, il est permis de dire qu'elle est fautive, quand bien même il s'agirait du travail d'Isaac Newton; et de même si une décision est en contradiction avec la règle d'interdiction des perpétuités, il est permis de dire qu'elle est fautive, même si la cour qui l'a rendue est savante et compétente »<sup>131</sup>.

William Keener, un disciple de Langdell, qui propagea la méthode des cas, partageait apparemment cette vision scientifique-mécanique du Droit lorsqu'il filait la métaphore langdellienne du laboratoire: « les faits du cas correspondent au spécimen, et l'opinion de la Cour, annonçant les principes de droit devant être appliqués au fait, correspondent à l'étude du découvreur d'une grande découverte scientifique ». Il ajoute encore que « les faits du cas correspondent à la pomme qui suggéra à Isaac Newton la loi de la gravitation »<sup>132</sup>. Il est attendu du juriste la même

<sup>130</sup> W. J. SAMUELS, « Joseph Henry Beale's Lectures on Jurisprudence, 1909 », 29 *U. Miami L. Rev.* 260 (1975); B. A. KIMBALL, *The Inception of Modern Professional Education*, C. C. Langdell, 1826-1906, 2009; D. RABBAN, *Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, 2013; S. A. SIEGEL, « Francis Wharton's Orthodoxy: God, Historical Jurisprudence, and Classical Legal Thought », 46 *American Journal of Legal History* 422 (2004); *id.*, « Joel Bishop's Orthodoxy », 13 *Law and History Review* 215 (1995).

<sup>131</sup> J. CHIPMAN GRAY, *The Rule Against Perpetuities*, Little, Brown, and Company, 1886, p. V. Toutefois, il est important de noter que le caractère quasi-mathématique attribué à la règle de l'interdiction contre les perpétuités apparaît à Gray lui-même comme une exception à ce qui a normalement cours en droit. On peut lire dans les lignes qui précèdent immédiatement celles que nous avons citées: « *In many discussions there is, in last resort, nothing to say but that one judge or writer thinks one way, and another writer or judge thinks another way. There is no exact standard to which appeal can be made. In questions of remoteness this is not so; there is for them a definite recognized rule: if a decision agrees with it, it is right; if it does not agree with it, it is wrong. In no part of the law is the reasoning so mathematical in its character; none as so small a human element. A degree of dogmatism, therefore, may be permitted here which would be unbecoming in other branches of the law* ». La règle définie et reconnue en ce domaine est formulée par Gray plus loin (p. 144): « *No interest subject to a condition precedent is good unless it must be fulfilled, if at all, within twenty-one years after some life in being at the creation of the interest* ». Sur l'ouvrage de Gray comme illustration du formalisme, v. S. SIEGEL, « John Chipman Gray, « Legal Formalism and the Transformation of Perpetuities Law », 36 *University of Miami L. R.* 439 (1982).

<sup>132</sup> W. A. KEENER, « The Inductive Method in Legal Education », 28 *American L. R.*, p. 709, spéc. p. 713 et 718 (1894).

rigueur qu'un botaniste si bien que pour Keener, une erreur de taxinomie « n'est pas seulement non scientifique et en conséquence théoriquement fautive, mais aussi destructrice de pensée claire, et en conséquence vicieuse en pratique »<sup>133</sup>. Pour de nombreux Réalistes, Jerome Frank en tête, le « fondamentalisme juridique » des formalistes trouve son expression la plus pure et donc la plus critiquable dans le traité que Joseph A. Beale consacre aux conflits de lois<sup>134</sup>. Dans ce traité, Beale affirmait que le Droit n'était pas « une simple collection de règles arbitraires, mais un corpus de principes scientifiques ». Le système juridique était une « branche de la philosophie pratique, par laquelle, par l'usage de la raison et de l'expérience, des généralisations juridiques peuvent être faites ». La pureté doctrinale pourrait être perdue par une mauvaise décision judiciaire, « gauchissant ainsi un principe juridique par un mauvais précédent ». Un autre problème, toujours selon Beale est que « l'application de principes généraux peut être paralysée par la législation ». En effet, les mauvaises décisions de justice et les changements législatifs conduisent « au droit particulier de chaque État » s'écartant de « la doctrine générale du système juridique en vigueur »<sup>135</sup>. Toutefois, il ne s'agit que de remarques éparses. C'est dans un cours qu'il donna en 1909 et dont les notes ont été publiées en 1975 que l'on trouve les thèses principales qu'il est d'usage d'attribuer aux formalistes. Tout d'abord, le droit de *common law* comme quelque chose de nature transcendante : « Par “*common law*”, nous désignons un idéal, pas un système actuel de droit, qui est la base du droit de tout pays de *common law* »<sup>136</sup>. Il enseignait aussi que c'est « un système idéal, la source de laquelle le droit de chaque pays de *common law* dérive ». Suivant en cela Frederick Pollock, il insiste sur l'idée qu'une « règle est mise en application par une cour parce que c'est du droit ; ce n'est pas du droit parce qu'elle est mise en application par une cour »<sup>137</sup>. Les décisions particulières sont « les preuves de l'existence d'un principe »<sup>138</sup>, mais le droit transcende les décisions<sup>139</sup>. Alors que les théoriciens modernes du droit, sous l'influence conjuguée de la science du droit sociologique et du Réalisme juridique, tendent à se concentrer sur le processus judiciaire (*legal process*) et la façon dont il engendre des règles et des décisions faisant autorité, en interaction avec des sous-systèmes sociaux, Beale mettait l'accent sur le Droit, un droit discerné et découverts par les juges, mais non créé par eux<sup>140</sup>. Ainsi

<sup>133</sup> W. A. KEENER, *A Treatise on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis and Company, 1893, p. 3. Keener critique le fait que la doctrine américaine traite les quasi-contrats comme des espèces particulières de contrat.

<sup>134</sup> J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 1916.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>136</sup> Cours de Beale, § 45. V. aussi §§ 49, 50, 52, 55, 58, 116.

<sup>137</sup> § 38. Dans son traité (p. 38) et dans son cours (§ 143) Beale s'oppose à l'idée que le droit prétorien est un droit constitué *ex post facto*.

<sup>138</sup> § 86.

<sup>139</sup> § 54 et s.; § 99.

<sup>140</sup> §§ 60, 61, 93, 117.

que le faisait remarquer le juge Felix Frankfurter, pour Beale « enseigner le droit était une tentative de faire jaillir un ordre rationnel d'un amas de cas »<sup>141</sup>. Le système juridique rationnel de Beale est idéalisé comme s'il était autonome, avec sa propre structure interne, sa taxinomie propre, ses propres lois de développement et d'application; en d'autres termes, comme si c'était un système clos de raisonnement juridique, comme si les principes généraux décidaient des cas concrets. Nul doute que c'est les conceptions de Beale que Holmes avaient en tête lorsqu'il écrivit dans une de ses plus fameuses opinions dissidentes que « les propositions générales ne décident pas les cas concrets »<sup>142</sup>. Pour Beale, l'étude du droit est bien une science. Les droits en général sont indépendants de toute détermination humaine ou de politique juridique. Le fondamentalisme de Beale apparaît clairement lorsqu'il affirme que le droit « est un corps de principes; [...] la nature de ces principes [...] doit être générale, universelle, prévisibles et pérenne »<sup>143</sup>. Mais Beale, comme le soulignait Jerome Frank, « n'est pas un Bealiste cohérent »<sup>144</sup>. Comme on le verra plus loin, son cours contenait aussi d'importants développements authentiquement réalistes.

Ces développements, pour intéressants qu'ils soient ne semblent toutefois pas suffisants pour constituer une méthode, une doctrine ou une théorie que l'on pourrait qualifier de « formalisme ». La doctrine formaliste a été construite par ceux qui voulaient s'en servir pour promouvoir leurs critiques. Deux aphorismes de Holmes servirent de cri de ralliement et en même temps de contre-épreuve du formalisme. Ceux qui étaient sceptiques sur l'autonomie du droit répétèrent comme un mantra que « La vie du droit n'a pas été la logique, elle a été l'expérience ». Ceux qui doutaient que le droit fût déterminant dans l'issue d'un litige devant les tribunaux s'inspirèrent de l'idée que « les prophéties relatives aux décisions qu'en fait prendront les cours et tribunaux, et rien de plus prétentieux, sont ce que j'entends par droit »<sup>145</sup>. À vrai dire, ces prises de positions pragmatiques n'étaient pas en rupture avec les vues adoptées par certains auteurs estampillés « formalistes ». Lorsque John Chipman Gray quitta les rives du droit de propriété pour s'intéresser à la méthodologie juridique, il écrivit un ouvrage considéré comme suffisamment important pour mériter une republication récente: *The Nature and Sources of the*

<sup>141</sup> F. FRANKFURTER, « Joseph Henry Beale », 56 *Harvard L. R.*, p. 701, spéc. p. 702 (1943).

<sup>142</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 147, § 9. Les commentaires de Jerome Frank sur la position d'O. W. Holmes sont particulièrement intéressants: *Law and the Modern Mind*, 1930, p. 270-277.

<sup>143</sup> § 51

<sup>144</sup> *Common Law*, p. 1

<sup>145</sup> *La Voie du droit*, p. 9, modifiée. Le pragmatisme de Holmes incarné par cet aphorisme a fait couler beaucoup d'encre. Parmi une abondante littérature, on consultera avec profit Morton White, « La règle, la décision et la prédiction dans le droit. Hart et Holmes », in *id.*, *Une philosophie de la culture*, Vrin, 2006, p. 131.

*Lam*<sup>146</sup>. Il y affirme sans détour que le droit est un ensemble de règles appliquées par les tribunaux dans n'importe quel état: il n'est de règle de droit que celle qui est appliquée par un juge<sup>147</sup>. Toujours selon Gray, les tribunaux passent leur temps à forger du droit *ex post facto*<sup>148</sup>; de plus, il est entièrement loisible à une cour se trouvant dans un état de la fédération de décider un cas semblable à celui qui aurait été tranché par un état voisin d'une manière différente. Les juges ne sont pas des chercheurs qui comme Newton vont découvrir une vérité: si Newton se trompait, l'univers resterait tel qu'il est. Si les juges prenaient une décision erronée, leur mauvaise décision resterait du droit et les citoyens devraient s'y soumettre quelque immorale ou pernicieuse qu'elle fût<sup>149</sup>. Enfin, Gray reconnaissait l'importance de la politique juridique (*policy*) dans la question de savoir si une décision rendue par une cour devait accéder au rang de précédent<sup>150</sup>. Même Beale écrivit qu'il fallait étudier le droit en ayant en vue son « réajustement et sa réforme ». Invoquant la nouvelle « science du droit sociologique » de Roscoe Pound, il écrit que « nous devons examiner le droit objectivement pour apprendre son but social et pour voir dans quelle mesure ce but a été atteint »<sup>151</sup>.

## 2. *Le formalisme comme homme de paille : la position révisionniste de Brian Z. Tamanaha*

Il n'est pas possible de répondre à la question posée par un colloque sur le formalisme sans évoquer le livre de Brian Z. Tamanaha<sup>152</sup>. La thèse en est radicale. Ce que les Réalistes ont écrit était banal, évident, largement dénué d'originalité.

<sup>146</sup> John Chipman Gray tient une place notable parmi les inspirateurs du Réalisme juridique américain. V. not. G. P. MORAN, *John Chipman Gray – The Harvard Brahmin of Property Law*, Carolina Academic Press, 2010, p. 155-180. Sur l'ambivalence de Gray, sous certains aspects « formaliste » et sous d'autres Réaliste, v. N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, OUP, 1995, p. 49 et 53; Stephen A. Siegel, voit en Gray essentiellement un représentant de la pensée juridique classique, dont l'œuvre reflète cependant certaines préoccupations pragmatiques (« John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought », 2001 *Iowa Law Review* 1514). Son ouvrage de méthodologie juridique (*The Nature and Sources of the Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1921, réimpression Quid Pro Quo Books, 2012) attirera essentiellement l'attention de Jerome Frank.

<sup>147</sup> Gray, version électronique, p. 65: « *Thus far we have seen that the Law is made up of the rules for decision that the courts lay down; that all such rules are law; that rules for conduct which the courts do not apply are not Law; that the fact that the courts apply rules is what makes them law; that there is no mysterious entity "The Law" apart from these rules; and that the judges are rather the creators than the discoverers of the Law* ». V. aussi p. 45.

<sup>148</sup> *Id.*, p. 52-53.

<sup>149</sup> *Id.*, p. 53.

<sup>150</sup> *Id.*, p. 128.

<sup>151</sup> J. H. BEALE, « The Necessity for a Study of Legal System », *A. A. L. S. Proceedings*, p. 31, spéc. p. 39 (1914).

<sup>152</sup> B. Z. TAMANAHA, *Beyond the Realist-Formalist Divide – The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, 2010; v. aussi, dans la même veine, P. SCHLAG, « Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse) », 95 *Iowa L. Rev.* 195 (2009).

En un mot, tout ce que les Réalistes défendirent avec vigueur était déjà familier de leurs contemporains. Tamanaha s'appuie sur une quantité impressionnante d'écrits, d'auteurs connus, mais aussi obscurs, parus une génération avant l'apparition des Réalistes. Selon Tamanaha, le Réalisme put se faire accepter relativement aisément puisqu'il ne proclamait rien de neuf. Il est assez certain que comme tout courant qui entend trouver sa place dans le champ académique, le Réalisme a caricaturé les vues qu'il attaquait afin de faire apparaître sa contribution plus significative, mettant ainsi en œuvre une stratégie scientifique bien connue. La contribution de Tamanaha est importante en ce qu'elle replace les Réalistes dans leur contexte, relativise leur importance et contribue à déraciner un tant soit peu le mythe réaliste et son récit<sup>153</sup>. Néanmoins, il est difficile d'adhérer à la thèse de Tamanaha selon laquelle le formalisme attaqué par les Réalistes n'aurait été rien d'autre qu'un *homme de paille* (*strawman*) ou un épouvantail rhétorique.

En premier lieu, il est permis de douter que les Réalistes n'auraient fait qu'égrener des platitudes connues de tous lorsque l'on examine les réactions causées par les écrits réalistes. Nul ne leur a opposé la banalité de leurs positions au moment où elles ont été exprimés dans les différents écrits programmatiques du Réalisme. Au contraire, nombreux sont ceux qui leur ont amèrement reproché de vouloir démanteler le système juridique américain en renonçant aux concepts et catégories établies<sup>154</sup>, Roscoe Pound en tête<sup>155</sup>. Les critiques les plus violentes se firent entendre : un auteur n'hésita pas à les comparer leur doctrine juridique à celle du national-socialisme<sup>156</sup> et un autre qualifia leur mouvement de « science juridique

<sup>153</sup> En ce sens, E. RUBIN, « The Real Formalists, The Real Realists, and What they Tell Us About Judicial Decision Making and Legal Education » (Recension de l'ouvrage de Tamanaha), 109 *Michigan Law Review* 863 (2011)

<sup>154</sup> On lira par exemple l'article à la fois très virulent et minutieusement argumenté de W. B. KENNEDY, « Functional Nonsense and the Transcendental Approach », 5 *Fordham L. Rev.* 272 (1936). Cet article est une réponse à l'article de Felix S. Cohen (*supra* n. 24). V. aussi (sans prétention à l'exhaustivité) les autres articles de Walter B. Kennedy qui illustrent son infatigable combat contre le pragmatisme et le Réalisme juridiques : « Pragmatism as a Philosophy of Law », 9 *Marq. L. Rev.* 63 (1925) ; « Principles or Facts », 4 *Fordham L. Rev.* 53 (1935) ; « More Functional Nonsense – A Reply to Felix S. Cohen », 6 *Fordham L. Rev.* 75 (1937) ; « Realism, What Next? », 7 *Fordham L. Rev.* 203 (1938) ; « A Review of Legal Realism », 9 *Fordham L. Rev.* 362 (1940) ; même Hermann Kantorowicz, le fondateur la « doctrine du droit libre » prit ses distances avec les Réalistes et insista sur le fait qu'entre eux et lui ce n'était pas qu'une querelle de mots : les postulats des Réalistes n'étaient certes pas faux mais des « exagérations de la vérité » : « Some Rationalism about Realism », 43 *Yale Law Journal* 1240 (1934).

<sup>155</sup> Pour les critiques qui apparurent dès l'avènement du Réalisme, v. N. DUXBURY, « The Reinvention of Legal Realism », 12 *Legal Studies* 137 (1992) ; G. GILMORE, « Legal Realism: Its Causes and Cure », 70 *Yale L. J.* 1037 (1961) : le Réalisme « *violently engaged men's minds* ». Pour une relativisation de la controverse entre Pound et Llewellyn, v. N. E. H. HULL, *Roscoe Pound & Karl Llewellyn, Searching for an American Jurisprudence*, The University of Chicago Press, p. 173-222.

<sup>156</sup> W. B. KENNEDY, « A Review of Legal Realism », préc. à la note précédente, spéc. p. 372-373 ; *id.*, « My Philosophy of Law », in *My Philosophy of Law: Credo of Sixteen American Scholars*, Boston Law Book Co., 1941, p. 147, spéc. p. 151-152. V. aussi les autres attaques du même auteur citées à la note 154.

du désespoir»<sup>157</sup>. Si les Réalistes n'avaient rien apporté aux débats, pourquoi les combattre avec tant de virulence? Il est probablement plus juste de nuancer le propos de Tamanaha: les Réalistes n'étaient pas révolutionnaires, mais ils ont apporté une contribution significative à la réflexion sur la méthodologie juridique, ce que font les juges, la formation des juristes, etc. Il est même permis d'écrire que Tamanaha lui-même ne dit rien de neuf lorsqu'il écrit que les Réalistes n'écrivaient rien de neuf. Karl Llewellyn, le « chef de file » des Réalistes, admit avec candeur en 1931: « Aucune de ces idées n'est neuve ». Ce qui était neuf, écrivait-il, était leur combinaison en un programme ainsi que la poursuite de ces idées « régulièrement, constamment, instamment, afin de les mener à bien »<sup>158</sup>.

La seconde raison de douter de la thèse de Tamanaha est la méthodologie qu'il emploie. Celui-ci se concentre sur la littérature juridique *américaine*. Dès lors, il lui est difficile de voir qui les Réalistes attaquaient réellement. En effet, les attaques de la jurisprudence sociologique et des Réalistes ne se dirigeaient pas seulement contre la bête noire de Jerome Frank, Christopher Columbus Langdell (ou son épigone Joseph Beale), mais essentiellement contre le conceptualisme germanique et la « science des concepts » (*Begriffsjurisprudenz*). Cette attaque apparaît dans l'article emblématique de Roscoe Pound<sup>159</sup> et dans les premiers écrits d'Oliver W. Holmes. Elle apparaît encore chez Cohen quelques décennies plus tard<sup>160</sup>. Peu importe que la « science des concepts » fustigée par Jhering ou que le « pandectisme », autre nom porteur d'opprobre, n'aient probablement jamais existé en tant que tels en Allemagne<sup>161</sup>. D'autres critiques du livre de Tamanaha, tant sur les sources que sur la méthode, ont été formulées. Elles nous semblent convaincantes dans l'ensemble<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> P. MECHEM, « The Jurisprudence of Despair », 21 *Iowa L. R.* 669 (1936).

<sup>158</sup> K. N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound », 44 *Harvard L. R.*, 1222, 1238 (1931).

<sup>159</sup> « Mechanical Jurisprudence », cité *supra* note 30.

<sup>160</sup> V. *supra*, n. 26.

<sup>161</sup> Une génération d'historiens révisionnistes, se demande à quel point le pandectisme était pandectiste. Chaque étude d'un des membres de cette « école » tend à démontrer que le pandectisme ne correspond à aucune unité de pensée et de méthodes: v. H.-P. HAFERKAMP et T. REPGEN (eds.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?*, Mohr Siebeck, 2017; v. spécialement l'article introductif de H.-P. Haferkamp. Quant à la science des concepts, elle ne semble pas avoir été autre chose qu'un homme de paille: H.-P. HAFERKAMP, « Begriffsjurisprudenz », in *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2011, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz>; *id.*, « Jurisprudence of Concepts », 2011, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/105-jurisprudence-of-concepts>; K. I. SCHMIDT, *Der « Formalismus-Mythos » im deutschen und amerikanischen Rechtsdenken des frühen 20. Jahrhunderts*, Der Staat, vol. 53 (2014), p. 445; sur les « légendes » qui émaillent aussi la narration habituelle de l'émergence de l'« école du libre droit » et de ses successeurs, v. J. RÜCKERT, « Vom « Freirecht » zur freien « Wertungsjurisprudenz » – eine Geschichte voller Legenden », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 125 (2008), p. 199.

<sup>162</sup> A. L. BROPHY, « Did Formalism Never Exist? », 92 *Texas Law Review* 383 (2013); M. FENSTER, « Mr. Peabody's Improbable Legal Intellectual History », 64 *Buffalo Law Review* 101 (2016).

## B. Un peu de réalisme sur le textualisme

Les théories de l'interprétation n'échappent pas, pour dire le moins, à l'attraction qu'exercent sur la doctrine l'écolification et la taxomanie<sup>163</sup>. Le formalisme s'oppose au Réalisme; le textualisme, l'intentionnalisme, l'interprétation téléologique, l'interprétation dynamique, le pragmatisme se livrent un combat sous les yeux émerveillés et parfois lassés des lecteurs. Dans cette joute sans fin, toutes les opinions doctrinales existent ou presque: certains annoncent une convergence entre ces différentes théories décelant des accommodations et des concessions réciproques qui auraient mis fin à la joute doctrinale<sup>164</sup>, d'autres au contraire soutiennent l'inexorable radicalisation du textualisme<sup>165</sup>. Un auteur, dans la veine du Réalisme juridique américain, invite à distinguer les théories de l'interprétation *dans les livres* et les théories de l'interprétation *en action*. Cette approche est nécessaire si l'on veut savoir de quoi le formalisme est réellement le nom. Elle consiste à appliquer à notre sujet deux grandes questions du Réalisme juridique américain. La première consiste à se demander *ce que font les tribunaux en fait*<sup>166</sup>. En termes plus précis, les juges qui se réclament ouvertement du textualisme mettent-ils en œuvre dans leurs opinions le textualisme rigoureux des livres? Il semble bien que non. Le textualisme des opinions judiciaires n'est pas « pur », il n'échappe pas au conséquentialisme (1). La deuxième question typiquement réaliste est de se demander ce qui détermine vraiment l'issue d'un litige: les règles, les précédents ou d'autres facteurs?<sup>167</sup> Appliquée à notre sujet, la question devient: les théories de l'interprétation déterminent-elles *réellement* l'issue des cas? (2)

### 1. Les tendances conséquentialistes du textualisme

Il a été soutenu de manière convaincante que le textualisme en action n'est pas aussi radical que le textualisme des livres en ce sens que les deux représentants principaux du textualisme judiciaire, les juges Easterbrooke et Scalia font régulièrement intervenir dans leurs opinions des éléments extérieurs au texte. Ces éléments sont généralement de nature conséquentialiste<sup>168</sup>. Mais en amont, il convient de

<sup>163</sup> V. notre article: « Ecolifier: un exercice pour les juristes? », à paraître aux Presses Universitaires de l'Université de Sherbrooke.

<sup>164</sup> J. T. MOLOT, « The Rise and Fall of Textualism. » *Colum. L. Rev.* 106 (2006): 1.

<sup>165</sup> J. R. SIEGEL, « The Inexorable Radicalization of Textualism », *University of Pennsylvania Law Review* (2009): 117-178.

<sup>166</sup> V. les articles fondateurs de J. FRANK, « What Courts Do in Fact (Part One) », 26 *Ill. L. Rev.* 645 (1931) et « What Courts Do in Fact (Part two) », 26 *Ill. L. Rev.* 761 (1931-1932).

<sup>167</sup> Pour une excellente entrée en matière, v. F. SCHAUER, *Penser en juriste – Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. S. Goltzberg, Dalloz, 2018, p. 129-146.

<sup>168</sup> J. S. SCHACTER, « Text or Consequences », 76 *Brooklyn L. R.* 1007 (2011), spéc. p. 1009 et s.

remarquer que le textualisme lui-même est conçu et justifié en termes éminemment conséquentialistes. Ses champions rappellent à l'envi tous les bienfaits de la méthode textualiste, toutes ses *conséquences* salutaires : le textualisme est censé favoriser la retenue judiciaire (*judicial restraint*), promouvoir les valeurs démocratiques, éviter le « dommage » particulier qui résulte de la permission accordée par les non-textualistes « de psychanalyser [...] le Congrès plutôt que de lire [...] ses lois, contrecarrer l'influence indue des lobbyistes, des groupes d'intérêt et de collaborateurs non élus ». Plus généralement, le textualisme promouvrait l'état de droit en rendant la signification des dispositions législatives accessible aux citoyens.

En second lieu, si l'on observe maintenant le textualisme en action, on remarquera que le textualisme du juge Scalia a déployé dans certaines affaires des canons herméneutiques d'une façon conséquentialiste. Nous avons vu plus haut que Scalia annonce rejeter en principe les canons substantiels. Cependant, il a approuvé l'utilisation de ce qu'il appelle des « canons d'interprétation établis » au sujet desquels il affirme qu'ils peuvent être utilisés pour montrer qu'« un sens permis autre que le sens ordinaire peut s'appliquer ». Le parangon de ces canons conséquentialistes est certainement la règle que les lois ne doivent pas être interprétées pour produire des résultats absurdes<sup>169</sup>. Or, pour envisager l'existence de résultats absurdes, il faut nécessairement « sortir » du texte et se projeter dans le monde social et émettre un jugement de valeur<sup>170</sup>. La doctrine de l'absurdité invite nécessairement à raisonner en terme de *policy*. John Manning, un textualiste pur, rejette cette doctrine de l'absurdité et invite à l'abandon de ce canon. Dans sa critique de ce canon, l'auteur relève un certain nombre d'opinions de Scalia et d'Easterbrooke qui l'ont employé ou qui ont approuvé son usage<sup>171</sup>. On remarquera que Scalia n'a pas seulement utilisé la doctrine de l'absurdité isolément mais aussi pour imposer une limitation à un canon sémantique : *expressio unius est exclusio alterius*.

<sup>169</sup> V. *supra*.

<sup>170</sup> Pour des études récentes de ce canon d'interprétation, v. not. V. M. DOUGHERTY, « Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation », 44 *Am. U. L. Rev.* 127 (1994-1995); G. STASZEWSKI, « Avoiding Absurdity », 81 *Ind. L.J.* 1001 (2006); L. D. JELLUM, « But That is Absurd - Why Specific Absurdity Undermines Textualism », 76 *Brook. L. Rev.* 917 (2010-2011); en France, la question de l'absurdité a récemment refait surface à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation (P. DEUMIER, « Interpréter la loi absurde », *RTD civ.* 2018, p. 61, commentant Cass. civ. 1<sup>re</sup> 11 mai 2017; v. aussi F. ROUVIÈRE, « L'obscur clarté de la volonté du législateur », *RTD civ.* 2017, p. 944). Mais il s'agit dans ce cas d'une erreur de plume (« *scrivener's error* », litt. « erreur du scribe ») du législateur qui rend la loi absurde ou contradictoire. La doctrine des conséquences absurdes débat d'une loi qui n'est ni absurde ni choquante en soi, mais peut, *in casu*, produire des conséquences qui le sont : sur cette différence importante : A. S. GOLD, « Absurd Results, Scrivener's Errors, and Statutory Interpretation », 75 *U. Cin. L. Rev.* 25 (2006-2007).

<sup>171</sup> J. MANNING, « The Absurdity Doctrine », 116 *Harvard L. Rev.* 2387 (2003), spéc. p. 2419, aux notes 122-123.

La manifestation du conséquentialisme sous la plume des textualistes n'est pas limitée à la doctrine de l'absurdité. Par exemple le juge Scalia a invoqué la *clear statement rule*<sup>172</sup> de manière à éviter des conséquences de policy qui seraient incompatibles avec elle.

## 2. *Les théories de l'interprétation déterminent-elles l'issue des cas ?*

Au vu des affinités existant entre textualisme et conservatisme, on peut se poser légitimement la question de savoir si l'originalisme n'est pas autre chose qu'une théorie permettant de rationaliser des solutions conservatrices apportées à des questions constitutionnelles<sup>173</sup>. Dans l'affirmative, on trouverait confirmée une thèse centrale du Réalisme juridique américain selon laquelle les juges envisagent la solution et lui trouvent une motivation ensuite. Un autre héritage du Réalisme, en lien direct avec cette thèse est le développement des études empiriques, behavioristes : « comment les juges agissent et pensent » est devenu l'objet d'études aussi nombreuses que fascinantes. Dans le cadre restreint qui est le nôtre, nous évoquerons les études empiriques en lien direct avec la question du formalisme. Daniel Farber a proposé une étude où il a analysé plus de 800 cas rendus par la Cour d'Appel fédérale du 7<sup>e</sup> circuit<sup>174</sup>. Il étudié les affaires où siégèrent en même temps le juge Richard Posner et le juge Frank H. Easterbrook. Au regard des théories de l'interprétation, les deux juges se situent aux antipodes l'un de l'autre. Richard Posner est l'avocat infatigable du pragmatisme juridique<sup>175</sup> alors qu'Easterbrooke est connu pour sa promotion du textualisme. À d'autres égards, ces deux juges sont très similaires : les deux hommes sont conservateurs et furent nommés par Ronald Reagan, sont professeurs à la faculté de droit de l'Université de Chicago et voient leurs opinions judiciaires comme leurs travaux universitaires très régulièrement cités. Selon l'étude de Farber, ces deux juges ont voté différemment dans seulement 1 % des cas. Ce taux est inférieur au taux de désaccord habituellement relevé au sein de cette juridiction et des juridictions fédérales d'appel en général. De plus, un examen attentif des cas où ces deux juges ont manifesté leur désaccord révèle que leurs divergences sur les théories interprétatives n'ont pas déterminé l'issue

---

<sup>172</sup> *The clear statement rule is a type of guideline used by courts for statutory construction. According to this rule, the courts should not interpret a statute in a way that will bring a particular result which was not intended by the statute. If the courts are to interpret the statute to bring a result, it should have been clear from that statute that the result was intended by the text of the statute itself. This rule insists that a particular result can be achieved only if the text says so in certain terms.*

<sup>173</sup> R. H. FALLON JR, « Are Originalist Constitutional Theories Principled, or Are They Rationalizations for Conservatism », *Harn. JL & Pub. Poly*, 34, 5.

<sup>174</sup> D. FARBER, « Theories of Statutory Interpretation Matter? », 94 *Northwestern Univ. L. R.* 1409 (2001)

<sup>175</sup> V. en dernier lieu, *Law Pragmatism and Democracy*, Harvard U. P., 2005.

du procès. Dans la mesure où ces deux juges ont manifesté un intérêt sérieux pour les théories de l'interprétation, le peu d'impact apparent de ces théories sur leurs opinions judiciaires semble surprenant. Il n'est bien entendu pas possible de se fier à une seule étude pour tirer une conclusion définitive. À tout le moins, cette étude suggère fortement que le caractère ténu du lien entre une théorie de l'interprétation est une décision judiciaire. Si cela est vrai, l'aspiration des textualistes à contenir la discrétion judiciaire apparaît relativement vaine ; en revanche, cette étude apporte un crédit certain aux vues réalistes qui mettent l'accent sur l'idéologie du juge ou plus généralement sur sa vision du monde comme facteur déterminant de la décision judiciaire.

D'autres études suggèrent que la méthodologie formaliste influence assez peu l'issue des litiges. Deux chercheurs ont analysé les données tirées des mémoires introduits par les litigants pendant une durée de huit ans devant la Cour suprême pour mesurer leur influence sur les juges de cette Cour<sup>176</sup>. Ils ont trouvé que les juges soutenaient les arguments textualistes ou intentionnalistes quand ils étaient formulés par des parties appartenant à leur camp idéologique, mais jamais dans le cas contraire. Leurs analyses indiquent que l'idéologie du juge influe plus fortement leur opinion que leur adhésion à l'originalisme. L'effet même du pouvoir contraignant de l'originalisme a pu être mis en doute par une étude se concentrant sur une cour d'appel fédérale et montrant que le recours à l'originalisme par des juges libéraux (au sens américain du terme, c'est-à-dire non conservateurs) augmentait la probabilité d'un résultat libéral<sup>177</sup>. Une étude plus récente sur l'originalisme qu'il est probablement incapable de contrôler la discrétion des juges. Quand bien même l'originalisme est plus présent dans les opinions judiciaires, les juges bénéficient d'une flexibilité substantielle dans le choix du résultat. Cette flexibilité résulte de deux facteurs : la complexité liée à l'analyse des données historiques et la multiplicité des théories originalistes soulignées plus haut. Cette flexibilité permet au juge de déployer l'originalisme soit comme une justification sincère de son opinion soit comme une rationalisation *ex post facto* dans des affaires aussi controversées que celle du deuxième Amendement<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> R. M. HOWARD & J. A. SEGAL, « An Original Look at Originalism », 36 *Law and Society Review* 113 (2002).

<sup>177</sup> J. J. CZARNEZKI & S. C. BENESH, « The Ideology of Legal Interpretation », 29 *Journal of Law & Policy* 113 (2009).

<sup>178</sup> F. B. CROSS, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford University Press, 2013.

# LE VAGUE RÉSISTE-T-IL AU FORMEL?

---

Jean-Yves CHÉROT

*Aix Marseille Univ, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, France*

**Abstract:** *Instead than denouncing the misunderstandings of legal formalism, mostly an invented formalism, we have to deepen our work on the forms of the law within which, paradoxically, one must count for the very forms of vagueness in the law, their varieties, their fidelity to the law and reasoning with vague concept in law. The law treats vagueness in an original way which constitutes a challenge to its analysis and technical approaches in the philosophy of language.*

## Sur le concept technique du vague et les théories du vague

La littérature technique sur le vague vient préciser à la fois ce qu'il faut entendre par le terme de « vague », proposer un vaste ensemble de concepts mobilisés notamment pour dire et expliquer ce que sont les « cas limites »<sup>1</sup>, un concept bien connu aussi dans l'analyse juridique, le type de difficultés qu'ils recèlent et comment il peut être logiquement possible d'y faire face. Cette littérature s'accompagne notamment de précisions sur ce qui différencie le vague d'autres cas d'imprécision, sur les variétés du vague ou encore de discussions sur les différences entre les concepts vagues et d'autres concepts qui peuvent susciter une controverse à l'occasion de leur application. Une littérature importante s'attache à explorer ou à exploiter les rapprochements sur ces points entre analyse du langage et analyse du droit<sup>2</sup>.

Le vague est défini comme un concept qui comporte pour son application des cas limites (*borderline cases*), alors que tous les faits sont connus. Ce qui signifie que dans l'application d'une règle qui comporte un concept vague, il y a des cas qui clairement rentrent dans le champ d'application du concept et donc de la règle, des cas qui clairement n'y entrent pas et des cas douteux, pour lesquels on peut dire que l'on ne sait pas s'ils entrent ou non dans le champ de la règle ou dire qu'il n'est ni vrai ni faux qu'ils entrent dans le champ de la règle ou n'y entrent

---

<sup>1</sup> « An expression is vague if there are borderline cases for its application. Most of the job of an account of vagueness is to explain what rderline cases are » (T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, OUP, 2000).

<sup>2</sup> V. notamment, dans cette vaste littérature, T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, précité; H. ASGEIRSSON, « Can Legal Practice Adjudicate Between Theories of Vagueness », in G. KEIL and R. POSCHER (eds.), *Vagueness and Law. Philosophical and Legal perspectives*, OUP, 2015; A. MARMOR, « Varieties of Vagueness », in A. MARMOR, *The Language of Law*, OUP, 2014, p. 85 s.; J. J. MORESO, « “Marry Me a Little. How Much Precision is Enough in Law », *Droit & Philosophie*, vol. 9, 2018, p. 53 s.

pas, alors que ne pas savoir si ces cas entrent ou non dans le champ de la règle n'est pas dû à l'ignorance des faits qui se rapportent à ces cas<sup>3</sup>.

La notion technique de vague fait intervenir une autre notion, celle d'un vague d'ordre supérieur (*second* ou *higher order vagueness*), selon laquelle la distinction même entre les cas qui entrent clairement dans le champ de la règle et ceux qui sont douteux est elle-même vague (comme est vague également la frontière qui passe entre les cas qui clairement n'entrent pas dans le champ de la règle et les cas douteux). Il n'est pas possible d'établir les limites et les frontières entre ces trois catégories de cas.

La raison technique en est que l'application des notions vagues emporte un paradoxe, le paradoxe sorite (« tas »), que l'on voit classiquement, pour faire référence à l'histoire de l'analyse de ce paradoxe, dans l'emploi de l'expression « tas de blé ». L'exemple est le suivant : si nous avons clairement un « tas de blé pour 1 000 grains de blé, nous pouvons dire – nous le tolérons comme étant vrai – que nous avons aussi encore un « tas de blé » si nous avons 1 000 – 1 grain de blé. Et si nous appliquons la même inférence, il nous conduit à dire qu'un seul grain de blé est encore un « tas ».

C'est un raisonnement logique en application d'une inférence répétée à partir d'une règle dite « de tolérance »<sup>4</sup>. La règle de tolérance s'écrit : si  $x$  appartient à la classe  $q$ ,  $x-1$  appartient aussi à la même classe  $q$ .

Cela vaut aussi pour : si  $x$  appartient la classe  $q$ ,  $x+1$  appartient aussi à  $q$  (et alors, de la même façon, si un grain de blé n'est pas un tas, 1 000 grains de blé ne forment pas non plus un tas de blé). Nous avons ainsi perdu toute possibilité de tracer une frontière en respectant la logique classique.

La solution de ce paradoxe, connu depuis l'Antiquité, fait l'objet de recherches qui donnent lieu de nos jours en philosophie et en logique formelle à des discussions d'une grande sophistication. Le principal défi des théories philosophiques du vague est de pouvoir expliquer ce qui est faux dans le raisonnement avec le paradoxe sorite ou pourquoi il est si difficile d'y faire face<sup>5</sup>. Pour certains logiciens, si la logique standard ne permet pas de traiter les problèmes nés du vague, c'est peut-être parce c'est elle qui est au cœur du problème et mérite de connaître des modifications. Le vague est dans les choses et dans notre représentation du

<sup>3</sup> « To say that an expression is vague (in a broad sense of vague) is presumably, roughly speaking, to say that there are cases (actual or possible) in which one just does not know whether to apply the expression or to withhold it, and one's not knowing is not due to ignorance of the facts » (H. P. GRICE, *Studies in the Way of Words*, HUP, 1989, p. 177, cité par T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, précité).

<sup>4</sup> Sur la tolérance de ce type de prédicat, voir C. WRIGHT, « On the Coherence of Vague Predicates », *Synthese*, 30, 1975, p. 35-365.

<sup>5</sup> Sur les approches philosophiques du vague, v. R. SORENSEN, « Vagueness », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

monde. Dans cette approche, de type ontologique et sémantique, le fait qu'il y ait des cas où une proposition sur une chose du monde ne peut être ni vraie ni fausse implique qu'il nous faut une logique différente de la logique standard pour raisonner avec ces cas. La logique dite « floue » (*fuzzy logic*) cherche à dépasser le paradoxe sorite en introduisant l'idée qu'il existerait une continuité des valeurs de vérité, plus ou moins forte en fonction de leur plus grande ou moindre proximité avec la valeur des cas certains. La théorie supervaluationniste cherche de son côté à définir le moyen de trouver une forme de « précification », respectant partiellement la logique standard. La théorie sémantique qui voit dans les concepts vagues des concepts partiellement définis et sensibles, dans les autres cas, au contexte, considère que les prédicats vagues dénotent des fonctions partielles, divisant un domaine entre les extensions positives et négatives et un intervalle. Cependant les locuteurs peuvent apporter au prédicat une plus grande précision et ainsi rétrécir l'éventail des cas limites, en fonction de leur but dans la conversation.

Les théories épistémiques du vague soutiennent, contre ces approches ontologiques du vague, qu'il existe bien dans le monde un fait qui décide dans quelle catégorie se situe ce qu'on considère comme des cas limites. Pour elles, le vague ne provient que de notre incapacité épistémique à connaître la frontière qui existe pourtant bien dans les choses et dans le monde. Il y a bien une détermination de nos concepts. L'épistémisme revendique ainsi que le vague est un symptôme de notre ignorance des extensions précises des concepts et des critères précis qui comptent pour déterminer le point de séparation dans leur extension. Ils considèrent ainsi que la prémisse qui fonde le paradoxe sorite est fausse. Pour ces auteurs, pour lesquels le vague n'a pas de dimension ontologique, mais reste une simple question épistémique, il n'y a pas lieu de modifier notre logique standard<sup>6</sup>.

### **Piège et énigmes du vague pour les juristes. Vers de nouvelles pistes**

Travailler avec une plutôt qu'une autre de ces théories philosophiques du vague ne semble pas devoir faire ne différence pour l'analyse du droit, notamment s'il devait s'agir de choisir entre les approches sémantiques et les approches épistémiques.

Certains théoriciens du droit ont pourtant tenté de montrer qu'elles éclairent la façon dont on peut poser les questions les plus classiques sur le vague en droit et qu'elles permettent de leur apporter une solution. Le débat est souvent mené pour savoir qui des théories sémantiques et des théories épistémiques sont en mesure de rendre compte de la meilleure des façons des questions que le vague pose à l'analyse du droit : comment rendre compte du raisonnement judiciaire dans les cas difficiles ; est-ce que la morale fait ou non partie du droit ;

<sup>6</sup> L'approche épistémique a été défendue par Timotty Williamson, *Vagueness*, Routledge, 1994.

le vague affecte-t-il la possibilité pour le citoyen d'être guidé par la loi et par le droit; quelle est la valeur du vague?

C'était le projet de Timothy Endicott. Timothy Endicott, qui souligne que « le vague est un piège (*snares*) pour les théoriciens du droit » et que ces derniers, « ont été aux prises sans repos avec une énigme qu'il crée pour la théorie du droit, ou, au moins, pour toute théorie qui représente les cours comme faisant application du droit »<sup>7</sup>, considère que les théories philosophiques du vague peuvent apporter une réponse à ce qu'est un cas limite (*borderline case*) et que cela devrait avoir d'importantes conséquences pour savoir comment les traiter en droit. Ces approches philosophiques devraient être regardées comme des éléments essentiels dans la compréhension du raisonnement juridique.

*« Philosophical approaches to the sorites paradox seem to have implications for legal theory: arguments that vague terms are incoherent, and that reasoning with them is impossible, would support arguments that vague laws are incoherent. Since vague laws are an important part of every legal system, the implications seem to be far-reaching »*<sup>8</sup>.

C'est aussi un projet de Scott Soames de montrer les effets différents sur la théorie du raisonnement en droit et sur la valeur que l'on peut reconnaître au vague selon les différentes théories philosophiques du vague<sup>9</sup>.

Mais beaucoup d'autres auteurs se sont attachés à démontrer l'absence d'aide que les logiques développées dans les théories philosophiques du vague peuvent apporter à la solution des problèmes que se posent les juristes et théoriciens du droit dans la vie réelle à propos du vague. Invité à venir donner son point de vue dans un colloque sur le vague en droit, Stephen Schiffer souligne que le droit possède des ressources pour gérer le vague et que les propositions de logique formelle pour raisonner avec le vague proposées par les philosophes sont d'un très faible intérêt, voire d'aucun pour les juristes<sup>10</sup>. Le projet de chercher de façon empirique dans le champ du raisonnement juridique des preuves de la plus grande pertinence de telle ou telle théorie du vague<sup>11</sup> ne peut, pas plus, paraître utile<sup>12</sup>. Un

<sup>7</sup> « *Vagueness is a snare for legal theorists. They have grappled fitfully with an enigma it creates for legal theory – or at least, for any theory that portrays courts as applying law* » (T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, OUP, 2000, p. 57).

<sup>8</sup> T. ENDICOTT, « Law and Language », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

<sup>9</sup> V. spécialement, S. SOAMES, « Vagueness and the Law », in A. MARMOR (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, p. 95-108.

<sup>10</sup> S. SCHIFFER, « A Little Help From Your Friends? », *Legal Theory*, 7, 2001, p. 421-431 : « *I have reached the conclusion that philosophical theories of vagueness, even if true, have nothing to offer jurisprudential concerns about vagueness* » (p. 421).

<sup>11</sup> H. ASGEIRSSON, « Can Legal Practice Adjudicate Between Theories of Vagueness? » in G. KEIL and R. POSCHER (eds.), *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, OUP, 2016, p. 95-125.

<sup>12</sup> C'est ce que constate donc également Hrafn Asgeirsson dans l'article cité à la note précédente : « *due to the fairly complex relationship between language and law, we should be quite cautious about drawing general*

autre philosophe, Alex Silk, marque aussi son désaccord avec Timothy Endicott et avec Scott Soames et pense, au contraire, que « les diagnostics linguistiques sur le phénomène du vague ne peuvent pas aider à permettre de réaliser des progrès » sur les questions qui intéressent la théorie du droit<sup>13</sup>.

Pour prendre un exemple illustrant la nature de ces discussions, Alex Silk argumente, notamment, contre une thèse de Scott Soames selon lequel les épistémicistes ne pourraient pas rendre compte de façon adéquate de la véritable valeur du vague en droit, alors qu'elle serait parfaitement explicable sur la base de la théorie sémantique qui voit dans les concepts vagues des concepts partiellement définis et sensibles dans les autres cas au contexte<sup>14</sup>.

En effet, pour Scott Soames, la théorie épistémique, qui voit dans le vague un seul problème de connaissance, la seule façon pour les juges de faire application des prédicats vagues devrait être de raisonner plutôt par proximité avec des cas certains, s'il y en a, et de tenir dûment compte des précédents. Cette approche empêcherait de voir ce qu'il peut y avoir d'important et d'utile dans l'emploi de mots vagues pour développer le droit dans des cas non prévisibles. Pour les épistémicistes, la fidélité au droit impliquerait que l'on ne fasse pas attention aux raisons de la loi.

Pour Alex Silk, les présupposés de l'argument de Scott Soames sont discutables. L'approche épistémique, montre-t-il, peut saisir le rôle que peuvent jouer dans la décision les raisons des locuteurs et la façon dont elles peuvent affecter l'extension des prédicats. Les épistémicistes traitent le sens d'une expression et son extension comme dépendant (au moins en partie) des faits relatifs à son usage. Et de tels faits relatifs à l'usage des expressions incluent les faits sur le contexte dans lequel l'expression est ou n'est pas utilisée et les finalités linguistiques ou extralinguistiques des locuteurs quand ils font usage de l'expression, notamment. Alex Silk rappelle également qu'une part décisive de la thèse pour laquelle Williamson défend que les extensions précises d'un prédicat ne sont pas connaissables est qu'elles sont sémantiquement plastiques (*semantically plastic*), en ce sens que de légers changements dans l'usage peut conduire à de légers changements dans le sens des prédicats vagues et dans les points de séparation de leur extension.

---

*conclusions about language on the basis of facts about legal practice* » (article précité, p. 104).

<sup>13</sup> « It is common to think that what theories of linguistic vagueness is correct has implications for debates in philosophy of law. I disagree. I argue that the implications of particular theories of vagueness on substantive issues of legal theory and practice are less far-reaching than often thought » (A. SILK, « Theories of Vagueness and Theories of Law », *Legal Theory*, 25, 2019, n° 2, p. 132-152.

<sup>14</sup> Nous renvoyons le lecteur à l'article d'A. Silk pour la discussion menée par A. Silk de trois autres propositions qui permettraient de marquer la différence centrale pour la théorie du droit des différentes théories philosophiques du vague pour comprendre mieux ou moins bien notamment la possibilité de l'indétermination du droit, les rapports du vague avec la *Rule of Law* et encore sur le pouvoir discrétionnaire des juges.

Ces démonstrations ont conduit Andrei Marmor à indiquer qu'« il ne fait probablement aucune différence dans le contexte juridique de savoir avec quelle particulière théorie du vague l'on travaille »<sup>15</sup>.

Cela ne veut pas dire que le vocabulaire technique des théories du vague soit sans utilité pour rendre compte ou éclairer certains points, même si cela se fait de façon accessoire, complémentaire aux habituelles raisons données par le droit, dans l'analyse du droit et du raisonnement judiciaire. La logique floue semble *a priori* de peu d'intérêt pour le raisonnement juridique qui doit répondre aux exigences du droit qui n'attend pas en principe de solutions en forme de gradations de vérité (on ne peut être que coupable ou non coupable, responsable ou non responsable)<sup>16</sup>. Mais il n'est pas exclu que l'on puisse trouver l'idée, qui est au centre de la logique floue, de degrés de vérité assignés à des propositions, notamment dans l'utilisation en droit, par substitution à des concepts classificatoires simples (riche/pauvre), de concepts quantitatifs permettant de construire, par degré, l'action publique, comme le font les politiques fiscales qui soumettent les citoyens à l'impôt sur le revenu par tranches de revenus<sup>17</sup>. On peut aussi observer que les juges s'engagent rarement pour traiter un cas limite dans un raisonnement qui prendrait appui sur un argument de simple proximité entre un cas limite et un cas certain, car ce serait risquer de s'engager sur « une pente glissante », dans une logique non maîtrisable que révèle bien le paradoxe sorite<sup>18</sup>. De la même façon, on peut chercher à regarder sous un nouveau jour les méthodes d'interprétation et de raisonnement pour faire face aux cas qui sont à la limite d'application de termes vagues et qui permettent d'éviter d'avoir à déterminer une spécification de type arbitraire : une approche par la théorie du vague permet ou permettrait de les regarder encore sous une nouvelle facette.

À la vérité, si les théories du vague, les paradoxes qu'elles comportent et les solutions qu'elles proposent pour y faire face, ont assez peu d'intérêt direct pour l'analyse en droit, c'est que ce qui relève des « imprécisions normatives » en droit (pour reprendre une expression d'Alexandre Flückiger<sup>19</sup>) a surtout peu de points communs avec le vague par degré, au sens technique.

<sup>15</sup> A. MARMOR, « The Varieties of Vagueness », précité.

<sup>16</sup> La gradation de la sanction dans ces cas ne peut venir corriger cette logique binaire.

<sup>17</sup> Pour ce rapprochement entre logique floue et technique de législation fiscale, voir J. J. MORESO, « Mary Me a Little. How Much Precision is Enough in Law », précité, p. 59.

<sup>18</sup> Voir sur ce point A. MARMOR, « The Varieties of vagueness ».

<sup>19</sup> A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Stämpfli Editions, 2019, p. 547.

## Sur des distinctions conceptuelles utiles pour l'analyse du droit. Les variétés de vague en droit

Les juristes confondent, du moins ils n'attachent pas toujours dans l'analyse du droit de l'attention à cette différence, entre le vague et l'imprécision de la langue. Pourtant certaines distinctions sont nécessaires si on veut éclairer de nombreuses situations en droit et, de ce point de vue, l'apport de la philosophie du langage, de la sémantique comme de l'approche conceptuelle analytique présente de nombreux intérêts. Le vague n'est pas la seule forme d'imprécision. Le vague n'est pas l'ambiguïté. L'ambiguïté, à la différence du vague peut toujours être en principe évitée ou contrôlée. L'ambiguïté syntaxique doit en principe être totalement évitée dans la rédaction des textes juridiques (mais elle peut être malheureusement le résultat d'une inadvertance de la part du législateur ou d'une extrême complexité de la loi). L'ambiguïté lexicale (un mot possède plusieurs sens, complètement séparés et différents, dans une langue) est plus rarement un problème dès lors que peut jouer, pour comprendre le sens de la loi, le contexte d'emploi des mots dans un texte<sup>20</sup>.

Alexandre Flückiger a proposé de distinguer utilement entre deux formes ou types d'imprécision en droit, entre, d'une part, une imprécision qu'il appelle « imprécision normative » (une loi n'est pas claire chaque fois qu'elle est trop imprécise pour y lire directement la solution concrète à appliquer au cas d'espèce), d'autre part, une « imprécision linguistique (et qui fait qu'une « loi n'est pas claire si elle ne peut pas facilement être comprise d'un point de vue linguistique »)<sup>21</sup>. Par « imprécision linguistique », il vise l'ambiguïté (sans doute ici plus l'ambiguïté syntaxique que lexicale) ou la confusion linguistique, ou encore le caractère contradictoire d'un texte comme l'impossibilité d'en comprendre le sens.

Naturellement, l'imprécision linguistique peut entraîner aussi l'imprécision normative, comme le rappelle aussi Alexandre Flückiger. Mais la confusion entre l'imprécision linguistique et le vague serait d'autant moins pertinente, Alexandre Flückiger le souligne encore très bien, que ce pourrait être la recherche de l'extrême précision normative qui pourrait nuire à la compréhension linguistique et rendre la loi ainsi potentiellement déficiente. C'est souvent l'emploi d'un terme vague qui permet au juge ou à l'administration sous le contrôle du juge tenant compte des circonstances et au regard des objectifs connus ou à révéler de la loi de mieux ajuster son application dans le respect de l'égalité d'application de la loi et de l'égalité de considération due à chacun. Aussi, comme on l'a maintes fois observé,

<sup>20</sup> A. Marmor relève que « *standard lexical ambiguity is rarely a problem. Since the standard case of lexical ambiguity concerns solely words whose different meanings are unrelated, context is usually clear enough to determine which one of the two meanings of the word was intended by the legislature* » (A. MARMOR, « Varieties of Vagueness », précité).

<sup>21</sup> A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, précité, p. 547 s.

c'est parfois l'imprécision normative dans les termes utilisés par la loi qui permet une prise de décision plus raisonnable.

Le vague relève des « imprécisions normatives ». Mais, si on veut poursuivre dans cette direction, encore faut-il alors considérer différentes variétés d'imprécision normative et, partant, ce qu'on finit par appeler, à raison ou à tort, différentes « variétés de vague ».

### *Vague et concepts contestés*

Il convient d'abord, et ce point nous paraît vraiment central, de distinguer les concepts vagues au sens technique et les concepts contestés et spécialement les concepts dits « essentiellement contestés »<sup>22</sup>. Le « vague » concerne l'« extension » des concepts dans le monde, ce sont des concepts partiellement définis, avec une zone d'ombre. L'imprécision dans le cas des concepts vagues se manifeste dans l'extension du concept aux choses dans le monde et non dans leur « intension ».

Dans le cas des concepts contestés, ce n'est pas une question d'extension du concept dans le monde qui est en cause, mais bien une discussion sur leur sens, sur leur intension. De nombreux auteurs soulignent l'importance de principe d'une telle distinction, parce qu'on peut penser que l'on ne raisonne pas de la même façon pour résoudre la difficulté soulevée par un cas à la limite de l'application d'un concept vague par degré et les controverses à propos d'un concept contesté<sup>23</sup>. Et, dans ce dernier cas, la décision sur la controverse ne devrait plus laisser de place à des cas limites.

À vrai dire, on pourrait étendre l'idée de vague aux deux types d'imprécision, celle qui résulterait de l'existence de cas révélés à la marge de l'application du concept vague par degré, et celle qui résulterait de la discussion sur la signification même du concept contesté<sup>24</sup>. Du moins alors, faudrait-il distinguer deux concepts de vague, l'un qui concernerait l'extension des concepts et l'autre leur intension. Mais ce serait deux notions différentes de vague.

Naturellement, la classification d'une indétermination entre concepts vagues et concepts contestés peut être relative selon les usages que l'on peut en faire de façon pragmatique. De telle sorte que si on se trompe à mes yeux si l'on voit dans la notion de « concepts contestés » une façon de résoudre les cas qui sont dans la

<sup>22</sup> Dans le sens que leur donne W. B. GALLIE, « Essentially Contested Concepts », *Proceedings of Aristotelian Society*, 56, 1955-56, p. 167-198.

<sup>23</sup> V. pour une claire opposition, dans le même sens, entre « le vague » et « le contestable ». J. WALDRON, « Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues », *California Law Review*, 82, 1994, p. 509 s, ici p. 513.

<sup>24</sup> Une distinction de ce type dans le vague est faite par Peirce et relevée par C. CHAUVIRÉ, *Peirce et la signification. Introduction à la logique du vague*, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui », 1995.

pénombre ou les cas à la marge<sup>25</sup>, une controverse née de l'application d'un concept vague peut être transformée dans certaines circonstances en controverse sur son intension et ainsi transformer le concept vague en un concept contesté<sup>26</sup>. C'est encore revenir à l'idée qu'en la matière, ce ne sont pas les catégories techniques qui dominent, mais bien plutôt les méthodes de raisonnement et cela vaut particulièrement lorsqu'on nous parlons du raisonnement en droit.

### *Vague et général*

Il est assez facile de confondre le vague et le général. Pourtant les propriétés du vague et du général sont logiquement indépendantes. Une expression n'est pas d'autant plus vague qu'elle serait plus générale, en ce sens qu'elle aurait vocation à s'appliquer à plus de cas. Au contraire, certaines expressions générales peuvent être moins vagues que des expressions de portée plus limitée. Mais il est vrai que, dans la plupart des cas, les expressions sont à la fois générales et vagues, ce qui conduit assez aisément à les confondre. Le point est important, car, pour Roy Sorensen, c'est souvent en considération des avantages du général dans la formulation de la règle de droit que l'on croit démontrer les avantages du vague<sup>27</sup>.

### *Vague et polysémie*

La polysémie peut être aussi confondue avec le vague, mais elle doit à toutes fins de clarification sémantique, ce qui peut être spécialement utile dans la pratique du raisonnement juridique, en être distinguée. La polysémie vient de ce que l'usage d'un mot possède une extension définie assez large dans le monde, alors que son emploi peut ne faire référence qu'à un sous-ensemble de cette extension définie. Andrei Marmor illustre cette situation avec le cas de l'affaire *Smith* (US Supreme Court, 508, US 223 (1993) dans l'application d'une loi qui prévoit une peine beaucoup plus lourde pour les délits en matière de drogue dans le cas où il a été « fait usage d'une arme » en lien avec un trafic de drogue. En l'espèce, le défendeur avait utilisé une arme comme moyen d'échange dans un troc arme-drogue. La majorité des juges de la Cour suprême décide que le cas rentre bien dans le champ de la prévision législative tandis que Scalia, dans une opinion dissidente, a fait valoir qu'il n'y avait pas ici à interpréter une expression vague (« usage d'une arme »), mais à

<sup>25</sup> C'est pourtant de cette façon que Roy Sorensen propose d'analyser la théorie des concepts essentiellement contestés de W. Gallie: R. SORENSEN, « Vagueness Has No Function in Law », *Legal Theory*, 7, 2001, p. 387-417 (ici p. 401).

<sup>26</sup> Sur ce point, voir les observations de T. ACCAR, « Appréhender l'imprécision des droits: une approche linguistique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Précision et droits de l'homme*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 41 s. (ici p. 49).

<sup>27</sup> R. SORENSEN, « Vagueness Has No Function in Law », précité.

lever une polysémie. L'expression « faire usage d'un arme » (*using a firearm*) n'est pas non plus ambiguë. C'est que l'expression « faire usage » possède une large gamme ou éventail d'emplois. On devait donc pour Scalia au sein de cette large gamme d'emplois possibles de cette expression, s'intéresser au sens de l'emploi qui en était fait dans la loi sur la base de laquelle était engagée la procédure. La loi ne pouvait pas être comprise, contrairement à l'opinion majoritaire, comme visant l'usage d'une arme comme un élément d'un troc contre de la drogue.

### *Vague et cluster concepts*

L'idée que le vague concerne spécifiquement l'extension des concepts et non les difficultés en ce qui concerne une discussion sur leur intension permet encore de faire voir des types de concepts particuliers pour lesquels la difficulté dans leur application ne recouvre pas le vague au sens technique du vague par degré, comme le montre le mot typique utilisé par Hart pour parler de la texture ouverte du droit, le terme de « véhicule » qui n'est pas, à parler techniquement, un mot vague<sup>28</sup>. Certes, il y a des cas évidents et des cas moins clairs pour le terme « véhicule ». Mais c'est parce que la signification de ce terme n'est pas stable. Mathieu Carpentier relève, en les comparant, que « les choses sont différentes pour les termes vagues comme “chauve” et le terme de véhicule. Le mot vague a un caractère partiellement défini, ce qui affecte non sa signification », mais « seulement sa référence. Pour le mot “véhicule”, ce qui se joue c'est « le caractère indéterminé des propriétés pertinentes pour qu'un *item* compte comme un “véhicule” » et,

« par contraste, la signification de véhicule est modifiée en fonction du contexte. La définition que l'on trouve dans un dictionnaire repose très largement sur des exemples. Ce qui joue ici, c'est ce caractère indéterminé des propriétés pertinentes pour qu'un *item* compte comme un véhicule. Sa signification change selon le contexte, ce qui n'est pas le cas pour un concept vague comme tas ou chauve »<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Mais, comme on le verra plus loin, il ne convient pas de voir, ce faisant, ce qui aurait été une erreur de Hart, car ce n'est pas le but de Hart de suivre la définition technique du vague. Aux fins qui sont les siennes, il ne différencie pas “vague” et “texture ouverte”.

<sup>29</sup> M. CARPENTIER, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut universitaire Varenne, 2014, p. 524-528. Mathieu Carpentier écrit encore que « la raison pour laquelle « véhicule » n'est pas vague est relativement triviale : ce prédicat ne donne pas lieu à un paradoxe sorite. Véhicule est un terme générique, voire un terme défini par une « ressemblance de famille » ou encore un cluster concept, destiné à subsumer sous lui un nombre important de classes d'artefacts aux propriétés fort diverses d'une classe à l'autre. Les propriétés pertinentes pour déterminer si un objet instancie le concept de véhicule ne sont pas fixées dans le langage (e.g. usuellement, on suppose qu'un vé-

Naturellement, dans le contexte de l'application d'un mot comme véhicule pour lequel, par la raison même des conditions de son emploi, c'est le contexte de son application qui rend compte de sa signification, on peut comprendre que l'intention de celui qui parle ne posera pas les mêmes problèmes et modes de compréhension que celui qui se pose pour l'application d'un terme vague au sens technique de « vague par degré ».

*Vague ordinaire et vague extravagant*

De nombreux philosophes du droit font référence au concept, que l'on trouve dans la philosophie du langage, de vague extravagant<sup>30</sup>. Il est encore présenté comme l'expression d'une distinction à faire entre des variétés de vague<sup>31</sup>, entre le vague qui est une conséquence d'une structure linéaire et d'échelle des mots (un vague par degré) et le vague par l'effet d'avoir à appliquer de nombreux critères, souvent non commensurables, et que la loi ne peut pas déterminer à l'avance, compte tenu de la situation que le législateur souhaite réguler (*combinatory vagueness*)<sup>32</sup>. Dans ce type de cas, le vague, s'il existe, est simplement, il faut le noter, une implication, le reflet du renvoi par l'emploi d'un concept évaluatif à un vaste ensemble de critères que le législateur ne peut fixer à l'avance. Ce vague-conséquence peut d'ailleurs être selon les cas un vague par degré comme un vague venant du caractère potentiellement contesté d'un concept évaluatif.

Certains termes sont à l'évidence et pour le dire ainsi, vagues de façon « transparente », comme les termes « mature », ou « chauve », ou encore « riche ». D'autres termes sont vagues aussi parce qu'ils connaissent dans leur application dans le monde des cas limites pour lesquels leur extension n'est pas clairement définie, mais ils le sont de façon ordinaire. La différence entre le vague transparent et le vague ordinaire n'est pas elle-même parfaitement déterminable. Elle est cependant utile pour l'analyse du langage juridique dans lequel on observe un nombre incalculable de mots ordinairement vagues, comme il y en a nécessaire-

---

hicule doit avoir des roues; mais il serait intuitivement possible d'appeler véhicule une automobile dépourvue de roue, se déplaçant sur un coussin d'air à 5 cm du sol). Ce qui pose problème dans véhicule est que la détermination des propriétés pertinentes dépend assez largement d'éléments tirés du contexte. Ce n'est pas un prédicat partiellement défini dès lors que le caractère partiellement défini d'un prédicat (tel que chauve) affecte sa référence et non sa signification ».

<sup>30</sup> Sur cette notion, S. SOAMES, *Analytical Philosophy in America and Other Historical and Contemporary Essays*, Princeton U.P., 2014, p. 292.

<sup>31</sup> A. MARMOR, « Varieties of Vagueness in the Law », précité. Voir aussi T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, précité; T. ENDICOTT, « The Value of Vagueness », in A. MARMOR and S. SOAMES (eds.), *The Philosophical Foundations of Language in the Law*, OUP, 2011, 14 s. (ici p. 24-25); K. C. CULVER, « Varieties of Vagueness », *University of Toronto Law Journal*, 54, 2004, p. 109 s.

<sup>32</sup> Cette distinction est explicitée dans W. P. ALSTON, « Vagueness », in P. EDWARDS (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Macmillan, p. 219; D. HYDE, *Vagueness, Logic, and Ontology*, Ashgate, 2008, p. 16-19.

ment dans tout langage naturel, mais dans lequel il est plus rare de trouver des termes vagues de façon transparente, sauf précisément lorsqu'il s'agit pour le législateur de faire face à des situations particulières dans lesquelles le recours à des termes ouvertement et de façon transparente vagues lui devient indispensable.

C'est faire référence notamment à des cas qu'il ne suffit pas de traiter avec des mots vagues dans le sens ordinaire, mais avec des termes possédant une autre caractéristique sémantique en ce sens qu'ils invitent à une évaluation de situations d'une telle diversité dans le monde qu'une tentative de précision des critères, qui devraient d'ailleurs être nombreux et difficilement commensurables, manquerait de permettre de saisir les fins que cherchent à poursuivre le législateur et une politique publique. Dans ces cas, on n'est plus dans le champ d'application d'un concept vague par degré, mais d'un concept rendu vague par la combinaison de tests différents, non par un vague ordinaire mais un « vague extravagant »<sup>33</sup>. Cela renvoie à des circonstances où le législateur n'a pas pu faire autrement que d'utiliser des standards évaluatifs, tels que les termes ou expressions *due process*, *negligence*, « raisonnable » et que l'on trouve encore souvent en droit dans la construction de restrictions, conditions, exceptions à l'application d'autres concepts, tels que les concepts qui définissent ce qui permet d'apporter à des droits et libertés fondamentales des « restrictions qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques » (clause de l'article 9, 2 de la Convention européenne des droits de l'homme).

Une telle distinction peut être lue aussi dans un texte de Hart, issu d'une de ses conférences à la Harvard Law School en 1956, redécouvert et publié récemment<sup>34</sup>. Dans ce texte, en effet, Hart propose une distinction, non présentée en ces termes mais y faisant clairement référence, entre le vague par degré et le vague provenant de prédicats multidimensionnels. Il fait référence à des cas limites qui viendraient de ce qu'ils ne comporteraient que certains des traits visés par un concept et qu'il faudrait les comprendre, pour les appliquer, de telle sorte que l'on puisse rendre compte de la façon dont nous avons de communiquer avec eux<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Pour R. Poscher, dans cette hypothèse en effet « *we have not made or cannot make up our minds about which properties objects need to possess in order to belong to a certain category of things. Indeterminacy like these are not questions of degree. They stem from our indecision as to certain necessary properties. In these cases, indeterminacy stems from the number of possible or even established combinations of necessary and sufficient conditions which produce different results for the case at hand* » (R. POSCHER, « Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation », in L. SOLAN and P. TIERSMA [eds.], *Oxford Handbook on Language and Law*, OUP, 2011).

<sup>34</sup> H. L. A. HART « Discretion », *Harvard Law Review*, 127, 2013, p. 652-665. Je dois à la lecture de l'article de J. J. MORESO, « Marry Me a Little », précité, d'avoir attiré mon attention sur ce point.

<sup>35</sup> « *I prefer this way of putting the semantic situation to just saying that we have a continuum which stretches over a wide area and that we distinguish something which fades gradually into other notions because this metaphor of a continuum does not bring out the fact that we do, as well as recognize the vagueness or the boundary of such notions*

Il faut noter qu'il arrive de trouver aussi chez Hart, notamment dans « Problem of jurisprudence »<sup>36</sup>, un article dans lequel il accorde une attention toute particulière au raisonnement juridique lui-même, une distinction non seulement entre le vague et l'ambiguïté, mais encore le vague et d'autres indéterminations, notamment celles qui naissent d'hypothèses où les règles sont expressément construites en faisant référence à des « termes non spécifiques » tels que « raisonnable »<sup>37</sup>.

De façon générale, est-il précisé, le bilan coût/avantage dans le choix des termes et critères à employer par la loi fait clairement apparaître un avantage pour l'emploi de termes ou de critères les plus précis. Cela peut certes comporter un coût. Si l'on décide que l'âge de la majorité civile est de 18 ans et qu'on lie à cet âge divers droits comme le droit de conduire un véhicule sur les routes publiques ou encore le droit de vote, cela comporte quelques inconvénients, compte tenu du caractère arbitraire que peut comporter l'application d'un tel critère à des situations peut-être différentes, certaines personnes étant plus matures que d'autres au même âge. Mais les avantages sont considérables si on compare cette solution à celle qui consisterait pour la loi à se référer à la « maturité » des personnes. Il faudrait affronter le risque de l'application arbitraire de la loi par les autorités et encore celui de devoir faire face à une séquence sorite. Il y a tout lieu d'éviter ici l'usage d'un terme vague.

En revanche, le bilan coût/avantage est complètement différent dans les cas où il est fait usage de concepts comme celui de raisonnable ou de négligence.

Timothy Endicott, comme Andrei Marmor, prennent l'exemple de la règle ancienne en droit anglais qui regarde comme un délit le fait de négliger la surveillance d'un enfant de telle sorte que cette négligence puisse porter une atteinte à sa santé ou causer des souffrances. Sont en ligne de compte une vaste variété de circonstances et de cas non prévisibles. En prenant, ne serait-ce que le seul cas de la négligence dans la surveillance d'un enfant, il faut prendre en considération la durée de l'absence de surveillance de l'enfant, son âge, son degré de maturité, l'environnement dans lequel il se trouve, l'âge de la personne à qui la surveillance est confiée, etc. Cela ne veut pas dire que tous ces critères ne puissent pas être pesés les uns avec les autres et, par leur combinaison, permettre de produire une mesure par degré de ce qui est plus ou moins une absence de surveillance, de ce qui entre dans le champ de l'incrimination et constitue l'acte de négligence. On voit bien que, pour le législateur, ce qui compte, c'est le fait que le cas est résistant

---

*as discretion, also recognize clear or simple cases, and if we could not do this we should not be able to use the term in communication with each other.*

<sup>36</sup> H. L. A. HART, « Problems of the Philosophy of Law », in P. EDWARDS, *Encyclopedia of Philosophy*, vol 6, 1967, p. 264-276, réédité in *Hart Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, 1983, p. 88 s.

<sup>37</sup> Evoquant diverses situations factuelles qui ne peuvent pas être réglées clairement, Hart signale que dans ces cas, « the rules may be found either vague or ambiguous. A Similar indeterminacy arise when two rules apply to a given factual situation an also where rules are expressly framed in such unspecific terms as "reasonable" or "material" ».

à toute tentative de spécification avec des critères précis, établis à l'avance, complets, pour tous les cas qui viendraient à se présenter dans la vie réelle<sup>38</sup>.

De telle sorte que ce qui va être mis en premier rang dans l'analyse coût-avantage dans le choix du législateur, ce n'est pas le risque d'engager une séquence sorite à répétition, mais le fait que fixer dans la loi elle-même des critères de façon complète et précise laisserait non seulement de trop nombreuses situations pertinentes en dehors du champ de la loi, mais rendrait la loi profondément injuste dans son application et d'une complexité telle qu'elle serait inintelligible.

Ainsi, l'emploi de termes vagues est présenté comme une « valeur » (« la valeur du vague »<sup>39</sup>) en ce qu'il permet de laisser ouverte l'utilisation du droit dans des circonstances imprévues, mais pour faire face à des situations si complexes, si concrètement enracinées dans des faits, qui peuvent être dans leur réalité extrêmement différents, pour qu'on puisse les prévoir dans l'énoncé de la règle.

*Vague extravagant, notions indéterminées et concepts contestés*

Il y a tout lieu de penser que les concepts de « raisonnable », de *due process* ou encore de *negligence*, de « faute », ou encore de « restrictions nécessaires dans une société démocratique », peuvent impliquer éventuellement la recherche d'une doctrine, dans le cadre d'une controverse sur les critères les plus importants à retenir, qui rende compte de leur application. Certains de ces concepts pourraient, dès que la discussion sur leur signification serait susceptible d'engager des controverses centrales, relever de concepts contestés plutôt que de concepts vagues. Ralf Poscher raccorde ainsi les *combinatory borderline cases* aux « concepts essentiellement contestés » parce que le vague qui procède de l'évaluation à partir de la combinaison de différentes dimensions vient, écrit-il, « du très large désaccord sur la signification précise des termes de la loi qui conduisent des interprétations divergentes des notions telle que *due process* ou « punitions cruelles et inhumaines. Ainsi de nombreux termes juridiques sont une structure similaire à celle aux concepts contestés de W. B. Gallie »<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> « In the cases *Endicott* calls 'extravagant' vagueness, the main semantic feature is neither the obviousness nor the extent of the sorites sequence in the application of the word to concrete cases, though both would also be present, of course. [...] Needless to say, this does not mean that the unlikely to face borderline cases. Extravagantly vague terms are also vague in the ordinary sense of vagueness. But it is the multidimensionality of such terms that makes them: particularly problematic and particularly resistant to precisification » (A. MARMOR, « The Varieties of Vagueness », précité. p. 88-89).

<sup>39</sup> Sur cette expression, T. ENDICOTT, « The Value of Vagueness », précité.

<sup>40</sup> « Combinational vagueness also results from the widespread disagreement over the precise meaning of legal terms, which leads to diverging legal interpretations of terms like "due process" or "cruel and unusual punishment". Many legal terms have a structure similar to Walter Brice Gallie's contested concepts » (R. POSCHER, « Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation », in L. M. SOLAN and P. M. TIERSMA (eds.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, OUP, 2012, chapter 9).

Comme nous l'avons déjà évoqué, que l'on puisse parler de vague dans ces deux situations différentes (le vague par degré et le vague résultant d'un concept contesté), n'a rien de choquant théoriquement. Mais cela exige malgré tout de bien les distinguer par ailleurs si on s'attache au mode de solution qu'implique le vague et notamment le vague en droit.

Même s'ils ne sont pas nécessairement contestés, l'application de concepts évaluatifs, comme celui de raisonnable peut ne pas ressembler à celle d'un terme vague par degré au sens technique. Alors que dans ce dernier cas, on peut, avec certains arguments théoriques, justifier le recours à une décision arbitraire, l'application des concepts évaluatifs implique une justification qui doit être, certes, déterminée en fonction de circonstances imprévues à l'avance, c'est la fonction même de l'emploi de ces concepts par le législateur, mais ne relevant pas de la discrétion, du moins d'une discrétion au sens fort. Il convient de relever que c'est souvent pour l'application de ces concepts vagues, sous la forme de concepts évaluatifs, impliquant la combinaison et le jugement à partir de plusieurs critères, que l'on a cherché plus souvent dans les théories sémantiques du vague des bases logiques pour leur solution, et en particulier, vu l'importance du contexte dans lequel ils doivent être appliqués, pour leur compréhension, leur affinement, voire leur accomplissement concret<sup>41</sup>.

Dworkin avait fait valoir dès ses premières contributions à la théorie du droit que pour les cas les plus typiques d'application de concepts évaluatifs, comme celui invitant à adopter une décision « raisonnable », on ne se trouve pas devant l'attribution aux autorités d'un pouvoir discrétionnaire fort<sup>42</sup>. Dworkin considère que les standards et notions dites indéterminées en droit (tel que le renvoi par le droit au raisonnable) sont parfaitement intelligibles (personne ne conteste ce point), ne confèrent aucun pouvoir discrétionnaire aux autorités chargées d'en faire application et sont aptes à guider la conduite des citoyens. Tout au plus pourraient-ils faire advenir dans certaines circonstances une controverse, mais celle-ci proviendrait alors d'une discussion sur la signification du standard, non sur son extension dans le monde, mais sur son intension, une controverse qui aurait alors elle-même un sens en ce qu'elle contribuerait à la recherche de la meilleure interprétation du standard du point de vue de l'intégrité du droit et donc des valeurs en cause.

---

<sup>41</sup> Les théories dites supervaluationnistes (*supervaluationism*) ont été visitées et proposées comme des bases logiques pour la justification de la recherche de la « *one-right answer* » dans de telles situations. Sur cette proposition, voir J. J. MORESO, « *Marry me a Little* », précité, p. 65-67.

<sup>42</sup> DWORKIN, « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, 35, 1967, 14-46 réédité in DWORKIN, « The Model of Rules I », *Taking Rights Seriously*, HUP, 1977.

## **Le contrôle de constitutionnalité des imprécisions dans la loi. Pour une analyse constitutionnelle des imprécisions normatives**

Les travaux philosophiques sur le vague devraient accompagner le travail conceptuel pour l'importante discussion qui doit naître sur ce qui est souvent présenté, sous un même chapeau, comme les « imprécisions » du droit au regard des questions qu'elles posent du point de vue de principes relatifs au respect qui est dû au droit. Ces travaux devraient être spécialement importants dans l'analyse conceptuelle qui devrait accompagner l'analyse des jurisprudences constitutionnelles.

Dans le cadre du contrôle, au nom des principes constitutionnels de légalité, de lutte contre l'arbitraire, contre l'insécurité juridique, de la nécessaire précision de la loi, les cours constitutionnelles ne procèdent pas directement aux distinctions sémantiques ou analytiques que nous venons d'explorer. L'approche technique du vague en philosophie du langage ne se retrouve pas telle quelle dans les concepts utilisés dans les jurisprudences constitutionnelles. C'est sur la base de doctrines formulées en termes très généraux et sur les mêmes bases juridiques que les cours constitutionnelles traitent des cas les plus divers d'imprécision législative. En France, tout en ayant distingué de façon pertinente dans le contrôle des imprécisions de la loi, le contrôle mené sur la base de l'article 34 de la Constitution (violation de l'article 34 pour incompétence négative dès lors que le législateur n'accorde pas aux personnes les garanties suffisantes de précision dans la réglementation de leurs droits et libertés protégés, et le contrôle mené au titre des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC (dès lors que le législateur ne satisfait pas à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>43</sup>), le Conseil constitutionnel fonde en général son contrôle sur tous les cas où il questionne le contrôle de l'imprécision de la loi sur ces deux fondements à la fois<sup>44</sup>. Il y a bien un écart dans les termes employés entre l'analyse technique de type philosophique et l'analyse technique en

---

<sup>43</sup> L'objectif de valeur constitutionnelle de l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Selon le Conseil constitutionnel, en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration et la garantie des droits requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables. Une telle connaissance est également nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas (décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC, relative à la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative à certains codes, considérant n° 13).

<sup>44</sup> Voir spécialement les clarifications conceptuelles de P. RRAPI, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Bibliothèque des thèses, vol 137, 2014. Voir aussi A. VIDAL-NAQUET, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2005, p. 7-20.

droit, ce qui n'a rien pour surprendre. Cela se vérifie spécialement pour la *void-for-vagueness doctrine* des cours aux États-Unis qui concerne toutes sortes d'imprécisions et notamment un grand nombre qui n'ont pas de rapport avec le vague tel que compris au sens technique. Ces doctrines visent à la fois les lois imprécises sur le plan syntaxique, des lois qui comportent des contradictions ou qui sont simplement incompréhensibles parce que mal rédigées, et les lois qui comportent une relative indétermination normative parce qu'elles emploient des termes vagues<sup>45</sup>.

La distinction entre les imprécisions (et plus encore les contradictions) syntaxiques et les imprécisions qui relèvent des imprécisions normatives rend bien compte de différences de traitement par les cours constitutionnelles des imprécisions que l'on trouve dans la loi sur la base des principes constitutionnels de l'État de droit. Les cours constitutionnelles condamnent de façon stricte les ambiguïtés, les confusions, la complexité extrême des lois ; elles ont une attitude plus ouverte et plus graduelle pour les imprécisions normatives invitant là une analyse au cas par cas pour une meilleure évaluation des risques pour l'État de droit. Alors que, dans les premières hypothèses, les lois sont impitoyablement déclarées inconstitutionnelles, elles sont le plus souvent, à certaines conditions, déclarées conformes au droit, dans le second cas, c'est-à-dire dans les hypothèses d'imprécision normative. Celle-ci est elle-même considérée parfois comme un élément nécessaire et valable de la loi en raison des circonstances particulières qui tiennent au domaine d'intervention de la loi.

Ainsi, le Conseil constitutionnel déclare non conformes à la Constitution des cas où le défaut linguistique conduit à autoriser deux interprétations égales de la loi sans même que les finalités du texte ne permettent de les départager<sup>46</sup> ; des cas où la loi est d'une complexité telle qu'elle ne permet pas à ceux qui en sont les bénéficiaires de pouvoir organiser leur choix<sup>47</sup> ; des cas, encore, où la loi est

<sup>45</sup> V. J. WALDRON, « Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues », *California Law Review*, vol. 82, 1994, p. 513-514 : « The term "vagueness" in the "void-for-vagueness" meaning certainly comprises both vagueness in the strict sense and ambiguity, and in a legal context, either those forms of indeterminacy is likely to become contestability if there is a history of political argumentation about the meaning of the term. May be "vagueness" is supposed to refer to any form of indeterminacy that encourage unwarranted discretion or leaves the citizen without reasonable notice of what is required of her » J. Waldron poursuit sur ce point de la façon suivante : « the definition I have offered should be treated with some care in a legal context. In defining a strict philosophical sense of "vagueness" and distinguishing it from other forms of indeterminacy, it is not my intention to pin down the true meaning of the "void-for-vagueness" doctrine. The fact that philosophers have given "vagueness" a reasonably precise definition does not at all imply that constitutional lawyers should attach the same meaning to the term. Precision, as Aristotle reminded us, is always relative to a subject and the purpose for which it is undertaken. I am drawing these distinctions – following general philosophical usage – only so that we can see and understand the diverse sources of indeterminacy that flow from the use of natural language in both descriptive and normative contexts ».

<sup>46</sup> Décision CC 85-191 DC du 10 juillet 1985, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (§5).

<sup>47</sup> Pour une disposition fiscale : Décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006 (§§ 69 s.) : ayant notamment considéré « que les destinataires des dispositions en cause

parfaitement contradictoire<sup>48</sup>, ou encore tellement mal écrite qu'elle est privée de sens rationnel, ou encore parce qu'elle est ambiguë<sup>49</sup>.

On remarque que, sur ces questions, la doctrine s'intéresse plus à une discussion sur les bases constitutionnelles du contrôle juridictionnel, qu'à une analyse intellectuelle des cas traités par les cours. À vrai dire, on devrait vite voir les limites des classifications sémantiques. Ce devrait être moins les essences ou la nature des concepts qui déterminent le mode de raisonnement en droit que les modes de raisonnement en droit qui permettent de dire avec quelle catégorie de concepts on joue. L'analyse devrait regarder les affaires de près et la façon dont elles sont pré-

---

ne sont pas seulement l'administration fiscale, mais aussi les contribuables, appelés à calculer par avance le montant de leur impôt afin d'évaluer l'incidence sur leurs choix des nouvelles règles de plafonnement », le Conseil poursuit « §84, que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux ; § 85, que la complexité du dispositif organisé par l'article 78 pourrait mettre une partie des contribuables concernés hors d'état d'opérer les arbitrages auxquels les invite le législateur ; que, faute pour la loi de garantir la rationalité de ces arbitrages, serait altérée la justification de chacun des avantages fiscaux correspondants du point de vue de l'égalité devant l'impôt ; § 86 dans ces conditions, que la complexité de l'article 78 est, au regard des exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées, excessive ».

<sup>48</sup> Décision 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, §§ 39 s. « 39. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; 40. Considérant, en l'espèce, qu'en adoptant les dispositions précitées, le législateur a entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés ; qu'il a, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au dessus d'un seuil défini par décret ; que, toutefois, la rédaction adoptée ne fait référence, dans l'un et l'autre cas, qu'aux contrats dont le montant est « supérieur au seuil » ; que ces dispositions, qui doivent de surcroît être combinées avec le III de l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dans sa rédaction résultant de l'article 7 de la loi déferée, lequel fait référence aux contrats dont le montant est « inférieur à un seuil fixé par décret », portent atteinte, par leur contradiction, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que, dans ces conditions, les deux derniers alinéas de l'article 16 de la loi déferée doivent être déclarés contraires à la Constitution ».

<sup>49</sup> Décision 2003-475 DC, loi relative à l'élection des sénateurs, cons. 20 et s. (référence à des termes « équivoques »). Pour une disposition intelligible d'un décret mal écrit, voir la décision du Conseil d'État du 29 octobre 2013, Association des amis de la rade et des calanques, n° 360085 dans laquelle le Conseil d'État juge, « sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme », « que l'article 10 du décret attaqué interdit le port, la détention ou l'usage de toute arme ainsi que de ses munitions dans les espaces naturels et précise que » Ces dispositions ne s'appliquent pas aux personnes admises à chasser en application du V de l'article 9 et aux pêcheurs sous-marins, sans préjudice du IV de l'article 11 » ; que, toutefois, l'article 11 auquel ces dispositions renvoient ne comprend pas de IV ; que les requérants sont par suite fondés à soutenir que les dispositions en cause ont méconnu l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme ».

sentées et viennent au contentieux, car le classement d'un terme imprécis dans une des catégories analytiques ou sémantiques pourrait être un point intéressant pour répondre à des questions telles que, par exemple, de savoir si certains standards ou concepts indéterminés sont parfois traités comme des concepts contestés et, dans ce cas, si cela implique un contrôle plus étendu sur leur imprécision de la part des cours constitutionnelles. Il est intéressant de voir par exemple que le Tribunal fédéral suisse semble bien traiter les termes tels que « décès » et « mort » dans une loi du canton de Genève relative à la présomption de consentement aux dons d'organes pour leur transplantation et aux conditions par lesquelles cette présomption peut être levée par les « proches », comme des concepts contestés, ce qui, compte tenu de la nature de la loi et des enjeux moraux du consentement aux dons d'organes, implique de la part du tribunal de vérifier que le renvoi par la loi aux directives données aux médecins pour le constat de la mort est lui-même conforme à la précision qu'il faut attendre du droit dans ce cas (arrêt de la première cour de droit public du 16 avril 1997, ATF, 123 I 112, ici p. 124 s.).

Dans le vocabulaire de nombreuses cours constitutionnelles les imprécisions normatives qui se rapportent à ce qu'on a appelé le vague extravagant ou les concepts contestés semble subsumées sous le vocable de « notions indéterminées » (Tribunal constitutionnel d'Allemagne, Tribunal fédéral suisse).

Les jurisprudences allemande et suisse défendent le principe selon lequel la loi doit être suffisamment précise, surtout quand elle empiète sur la sphère de protection d'un droit fondamental, ce qu'elles appellent « le principe de détermination suffisante de la loi »<sup>50</sup>. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle fédérale allemande BVerfGE 21, p. 73, 22 janvier 1967 : « l'autorisation fondamentale de concepts juridiques indéterminés ne dispense par le législateur de concevoir la disposition de telle sorte qu'elle corresponde aux principes – liés à l'état de droit – de clarté de la norme et de justiciabilité. Elle doit être, dans ses conditions et dans son contenu, formulée de telle sorte que les destinataires qu'elle mentionne connaissent l'état du droit et puissent ainsi orienter leur action en fonction de cela ». Le Conseil constitutionnel français contrôle de la même manière, parfois sur la seule base de l'incompétence négative et sur le seul fondement de l'article 34 de la Constitution, parfois sur la base de l'incompétence négative et de l'objectif d'intelligibilité de la loi en même temps, si le législateur n'a pas laissé, faute de précisions suffisantes dans la loi, le pouvoir réglementaire ou le juge ou toute autre autorité<sup>51</sup> décider des garanties que la loi doit contenir lorsqu'elle pé-

<sup>50</sup> Selon le Tribunal de Lausanne, « l'exigence de précision normative découle du principe de la base légale, applicable en cas de restriction aux libertés fondamentales. Une norme restrictive doit en particulier être suffisamment précise pour permettre aux administrés d'en apprécier le portée et d'adopter leur comportement en connaissance de cause (ATF 133, 1, 110, 12 octobre 2005).

<sup>51</sup> Pour une délégation inconstitutionnelle à la Cour des comptes, CC, décision 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires :

nêtre dans le champ des libertés et des droits protégés par la Constitution. Selon le Conseil constitutionnel, « il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34; que le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »<sup>52</sup>.

Mais l'exigence de précisions suffisantes de la loi n'est qu'une exigence minimale. La loi peut comporter des concepts juridiques indéterminés (voir BVerfGE, 21, p. 73; BVerfGE, 70, p. 205, 18 mai 1988, Schaterefal der Länders).

« La Cour de Karlsruhe interprète d'ailleurs cette exigence souplesment, reconnaissant que celle-ci est liée aux destinataires, à leur nombre, ou encore au domaine dans lequel ladite loi intervient, ajoutant par ailleurs qu'est interdite l'utilisation par le législateur de dispositions trop imprécises, à moins que l'ensemble des dispositions du texte en cause ne permette de leur donner un contenu (BVerfGE 49, 1<sup>er</sup> août 1978, Kontaktsperre) »<sup>53</sup>.

Le Tribunal fédéral suisse juge que:

« On ne saurait en effet exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient en premier lieu à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit, et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel *degré de précision* on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires, et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux [...]. Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle, claire et précise, alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou

---

« en conférant à la Cour des comptes le pouvoir de coordonner les modalités des certifications par les commissaires aux comptes, sans fixer l'étendue et les limites de ce pouvoir, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ».

<sup>52</sup> Décision 2009-592 DC du 19 novembre 2009, loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie; décision 2007-557 DC du 15 novembre 2007.

<sup>53</sup> C. FERCOT, « Précision et droit de l'homme dans les ordres juridiques allemand et suisse », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Précisions et droits de l'homme*, Institut Universitaire Varenne, p. 129 s.

trouver leur fondement dans une clause générale [...]. Le Tribunal fédéral examine librement cette question » (ATF 123, I, 124).

Les cours constitutionnelles rappellent aux administrations qui reçoivent du législateur des compétences dans la mise en œuvre de concepts dits indéterminés qu'elles n'ont pas pour autant reçu un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, que non seulement l'exercice de leur compétence est sous le contrôle du juge, mais encore que les juges exercent dans ce contrôle un pouvoir d'examen étendu. Comme l'écrivent E. Garcia de Enterría et T. R. Fernandez, faisant référence tant à la jurisprudence administrative en Espagne qu'à la jurisprudence administrative en Allemagne :

« voici quel est le sens de la théorie des concepts indéterminés : l'indétermination de la phrase n'est pas transférée dans une indétermination dans son application ; ces applications nous permettent seulement une "solution d'unité" dans chaque cas, saisie à travers une activité cognitive, apte donc à être objective, et non à travers une activité de simple volonté »<sup>54</sup>.

L'imprécision normative d'une loi peut dans certains cas apparaître, parce qu'elle est seule de nature à permettre de faire face aux objectifs de la loi, comme un élément de la qualité de la loi, notamment lorsqu'il s'agit pour le législateur de faire face à des situations qu'il peut difficilement appréhender à l'avance. Visant principalement la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral suisse, Alexandre Flückiger souligne que « dans certaines circonstances », il convient de « diminuer la densité normative » de la loi :

« le principe de proportionnalité impose en effet certaines imprécisions dans le texte afin de laisser aux autorités un pouvoir d'appréciation lorsque seule la prise en compte de l'ensemble des circonstances permet de prendre une décision adéquate). Or une texture normative trop resserrée n'autorise pas une telle pesée des intérêts dans ce type de contexte. La jurisprudence du Tribunal fédéral vise essentiellement des domaines dont l'évolution est imprévisible ou dont la norme précise ne peut naître que dans un cas particulier au contact des faits concrets, à l'exemple du droit de l'urbanisme, de l'aménagement du territoire et de l'environnement »<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> E. GARCIA DE ENTERRÍA ET T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13<sup>e</sup> édition, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 502 (cité par J. J. Moreso, *op. cit.*, p. 62).

<sup>55</sup> A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi*, précité, p. 555. V. aussi P. MOOR, A. FLÜCKIGER, V. MARTENET, *Droit administratif*, vol. 1, 2012, p. 809.

Visant de telles hypothèses, les théoriciens reconnaissent la « valeur » d'une certaine imprécision normative dans la loi, la « valeur du vague »<sup>56</sup>. Parler de la « valeur du vague » peut paraître une erreur de jugement. Pour le moins, l'imprécision normative de la loi est toujours un défaut dès lors qu'elle n'apporte pas pleinement la garantie de la loi dans l'exercice de notre liberté<sup>57</sup>. Le principe de légalité est violé par la loi imprécise et vague. Ce que nous avons la liberté de faire devient alors, à son tour, vague et imprécis; c'est la liberté elle-même qui est limitée par la peur de son exercice, écrit John Rawls<sup>58</sup>. La précision de la loi garantit aussi l'égalité d'application de la loi et facilite le contrôle de cette égale application par les autorités administratives. C'est le plus souvent dans ce sens qu'est utilisée la *void-for-vagueness doctrine* américaine<sup>59</sup>. C'est sur cette base que se fonde aussi le Conseil constitutionnel, par référence au principe d'égalité devant la loi de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, pour contrôler, sur la base de l'objectif d'intelligibilité de la loi, l'imprécision de la loi.

Mais ce défaut peut, parfois, apparaître nécessaire et proportionné, dans un bilan coût-avantage, dans la mise en balance concrète des défauts de l'imprécision et des inconvénients que pourraient apporter la recherche d'une plus grande précision de la loi, dans certains cas. Le bilan pourrait être étendu à la prise en considération de la valeur cette fois que pourrait représenter le vague sur le plan moral: non seulement le caractère vague des concepts évaluatifs permettrait de guider la conduite des citoyens, mais encore, il valoriserait l'exercice de leur raisonnement pratique<sup>60</sup>.

Mais un bilan peut encore être fait entre le bénéfice de cette garantie, avec le risque que peut faire parfois courir une précision qui viendrait sans tenir compte de certaines différences, par un critère précis, alors que le monde est complexe, traiter de façon égale des situations inégales.

<sup>56</sup> T. ENDICOTT, « The value of vagueness », in A. MARMOR and S. SOAMES (eds.), *Language and Law*, OUP, 2011, p. 14-30.

<sup>57</sup> Pour Hrafn Asgeirsson, parler de la « valeur du vague », serait même une erreur logique (H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *Ethics*, 125, January 2015, p. 425-448).

<sup>58</sup> J. RAWLS, *Theory of Justice*, HUP, 1971, p. 239.

<sup>59</sup> T. W. SUN, « Equality by Other Means: The Substantive Foundations of the Vagueness Doctrine », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 46, 2011, p. 149-194.

<sup>60</sup> C'est l'argument défendu par J. Waldron. Les imprécisions normatives de la loi et du droit sont considérées dans leur rôle de responsabilisation du citoyen (J. WALDRON, « Vagueness and the Guidance of Action », in A. MARMOR and S. SOAMES (eds.), *Language and Law*, OUP, 2011, p. 58-82). J. Waldron donne d'ailleurs un bel exemple dans lequel une cour des États-Unis a bien fait état de cette valeur de la délibération pratique à laquelle renvoie un terme évaluatif parmi les arguments en faveur de sa constitutionnalité (Ohio Supreme Court, *State v. Schaeffer* 96 Ohio St. 215; 117 N.E. 220 (1917).

En tout état de cause, la valeur du vague, même comprise de cette façon, dépend encore de la capacité du vague dans certains cas à guider l'action des juges et la conduite des citoyens. C'est revenir de façon plus complète sur le raisonnement en droit.

### Raisonner avec le vague

Ce n'est pas une approche linguistique d'ordre sémantique et pas plus la référence à des catégories bien distinguées par la sémantique qui décident des cas en droit, mais un mode de raisonnement plus large de type pragmatique. On l'a constaté dans l'affaire Smith<sup>61</sup> : au-delà de sa présentation purement sémantique des mots du texte à appliquer, Scalia y fait une utilisation pragmatique de la distinction entre concepts vagues et concepts polysémiques pour contester ce qu'il estime être une approche discrétionnaire dans la décision de la majorité. On l'a bien encore relevé lorsqu'il faut se demander si les notions indéterminées ou standards, tel que le standard du raisonnable, peuvent être traités comme des concepts évaluatifs ou ouvrant seulement une certaine discrétion dans ces cas douteux d'application. L'opposition entre une discussion sur l'étendue dans le monde d'un concept avec une discussion sur la recherche de sa signification centrale s'estompe ou peut être dépassée dès lors que c'est par la recherche de l'intension du concept que son extension peut être parfois mieux recherchée. De la même façon, comme Dworkin l'a aussi souvent indiqué, les modes de raisonnement et de preuve en droit viennent limiter fortement la difficulté de résoudre la solution des cas situés dans la pénombre de l'application d'une règle<sup>62</sup>.

Les concepts vagues employés par le droit ont cette particularité qu'ils révèlent le caractère éminemment formel du raisonnement juridique. La meilleure approche pour développer cette idée est encore de revenir à l'approche hartienne du raisonnement juridique. Elle offre un point de vue d'autant plus central qu'on la caricature. On l'a présentée et on la présente encore comme centrée sur une approche

---

<sup>61</sup> Précitée.

<sup>62</sup> Dworkin considère que le droit possède des moyens qui lui sont propres pour raisonner de façon déterminée avec des mots qui sont techniquement vagues (qui laissent une zone d'ombre dans leur application au monde) de telle sorte qu'il existe toujours une solution ferme et non discutée. Pour Dworkin, s'il devait y avoir pour des cas limites entre deux séries de cas où la solution se situe clairement soit en faveur de l'application d'une règle soit clairement en sa défaveur, il se pourrait qu'il s'agisse de « cas intermédiaires » (entre un précontrat ou une promesse de contrat). Il se pourrait encore qu'il n'y ait aucune difficulté particulière pour décider en droit qu'il lors qu'il devrait y avoir des règles qui conduisent à refuser de donner satisfaction à une revendication portée devant un juge si elle repose sur un argument qui ne peut pas être rattaché certainement au droit. Cela a été un des arguments de Dworkin dans son article, « Les affaires délicates sont-elles vraiment indécidables », Une question de principe, p. 151 s. Pour une discussion sur ce point, voir T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, précitée.

linguistique de type sémantique en tant pièce centrale du raisonnement juridique et comme révélant alors les paradoxes du vague et « le piège » (T. Endicott) qu'elle représente pour la théorie du droit. Hart n'y aurait-il d'ailleurs pas succombé en affirmant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire fort du juge, devant faire œuvre de législateur, dans les cas difficiles, compris comme des cas limites à la marge des cas clairement établis. Hart aurait, à la fois, regardé les cas qui se trouvent dans la pénombre de l'application d'une règle comme les seuls cas difficiles et considéré que ces cas dans la pénombre seraient eux-mêmes compris comme des cas limites dans l'application de concepts vagues par degré au sens technique du terme, c'est-à-dire des concepts dont la signification est claire dans les cas centraux d'application du concept mais dont l'extension dans le monde laisserait place à une indétermination et qui ne pourrait être levée que dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Et encore, ajoute Timothy Endicott, la théorie hartienne des cas clairs et des cas qui se trouvent dans la pénombre ou dont la solution en droit reste indéterminée du fait de la texture ouverte du langage, avec le triptyque bien connu des cas qui entrent clairement dans les classes prévues par la règle, ceux qui en sortent et clairement, et ceux pour lesquels on ne peut juger s'ils y rentrent ou s'ils en sortent, apparaît, pace Hart, comme un « paradis des concepts » à côté des océans d'incertitudes que la théorie des concepts vagues nous invite à visiter<sup>63</sup>.

L'approche de Hart est pragmatique, et donc beaucoup plus englobante et plus opérationnelle que ne le laisse penser cette caricature qui est faite de sa pensée. On ne peut ici citer toutes ces caricatures. Les plus influentes ont été certainement celles de Dworkin<sup>64</sup> et de Duncan Kennedy<sup>65</sup>. Peut-être est-ce l'image que Hart avait donné du raisonnement juridique dans son article de 1958, « Positivism and The Separation of Law and Morals »<sup>66</sup>, avec une analyse dont il a ensuite dit, notamment dans son introduction à la réédition de nombre de ses articles<sup>67</sup>, qu'elle était pour le moins maladroite et incomplète<sup>68</sup>, qui a fixé l'attention de ses critiques.

<sup>63</sup> T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, précité.

<sup>64</sup> V. plus loin dans le texte.

<sup>65</sup> D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, HUP, 1967, p. 177-179; voir aussi D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique », *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 30. Duncan Kennedy pense que Hart méconnaît la possibilité à tout moment d'un « travail juridique » possible pour déstabiliser l'appréhension initiale. Pour Duncan Kennedy, contrairement à ce qui serait la pensée de Hart, « le matériau juridique "ne détermine pas" la solution du cas, dans le sens où il est parfois possible de déstabiliser les appréhensions initiales à travers le travail juridique ».

<sup>66</sup> H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1957, p. 593 s.

<sup>67</sup> H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, ici p. 6-7.

<sup>68</sup> Les choses sont beaucoup, plus clairement dites dans « Problems of Jurisprudence », précité, écrit en 1967 et dans « Jhering and the Heaven of Concepts », précité, écrit en 1970. Mais, déjà,

Il faut d'abord voir que l'approche hartienne pour le moins n'est pas centrée sur le vague par degré, au sens technique.

Hart voit bien que les situations à traiter sont très variées. Elles le sont beaucoup plus que ne le laisse penser la présentation habituelle qui est faite de son analyse des cas auxquels seraient confrontés les juges et qui visent seulement les cas douteux dans la zone de pénombre de concepts vagues par degré, au sens technique du terme. Les problèmes que rencontrent les juges visent tout autant des *clusters concepts* (comme véhicule) et des standards évaluatifs (qu'il sépare tantôt du vague<sup>69</sup> et qu'il allie ailleurs au terme vague<sup>70</sup>). S'il distingue le cas de la « défaite » de la règle qui peut advenir dans un cas présenté comme clair sur le plan sémantique, il regarde une telle situation comme englobée dans une approche plus générale du raisonnement juridique et de la texture ouverte du droit<sup>71</sup>.

Dans cette approche pragmatique, ensuite, c'est bien le contexte d'application des règles qui révèle l'imprévisibilité des données portées devant le juge et des finalités de l'action, celles du législateur comme celles qu'on peut raisonnablement lui assigner, des finalités tantôt univoques, tantôt conflictuelles.

Dans l'introduction aux *Essays in Jurisprudence*, parlant de son article « The Separation of Law and Morals » et du point relatif aux modalités de la décision judiciaire « dans les cas où le droit établi manque de dicter une décision, quelle qu'elle soit », Hart écrit, répondant directement à Dworkin, ce qui se voit notamment dans la reprise d'une formule que Dworkin avait employée pour sa critique, qu'« il a pu sembler à la lecture de mon texte que j'avais pensé que les juges, quand ils atteignent un point à partir duquel le droit existant établi manque de déterminer une décision de quelque façon que ce soit, ont simplement à mettre de côté leurs livres de droit et commencer à légiférer *de novo* pour le cas en cause

---

en 1952, Hart écrit : « *I think the auspices are very favorable for a rapprochement between jurisprudence and philosophy. [...] Finally, the interest in types of arguments that may, as in morals and in law, be rational without being conclusive and the way in which concepts not susceptible of rigid definition but of 'open texture' are applied may help jurists to emancipate themselves finally from the notion that deductive proof exhausts the notion of reasoning which has aspired both dogmatic obscurity and skeptical extravagance in the past* » (HART, « Philosophy of law and Jurisprudence in Britain (1945-1952) », *The American Journal of Comparative Law*, 2, 1953, p. 355-364, ici p. 364, avec ici un renvoi à G. RYLE, *The Concept of Mind*, 1949).

<sup>69</sup> In « Problems of Philosophy of Law », précité.

<sup>70</sup> In « Jhering and the Heaven of Concepts », précité.

<sup>71</sup> Pour une analyse contraire sur ce dernier point, voir M. CARPENTIER, *Exception et norme*, précité, p. 545 s. Je suis d'accord avec Mathieu Carpentier que les notions de défaisabilité et de texture ouverte appartiennent à deux moments différents de la pensée hartienne et que la notion de texture ouverte n'est pas la reprise sous une autre formulation de la notion de défaisabilité d'une règle. Mais Hart intègre bien ensuite dans la théorie du raisonnement juridique les hypothèses de défaite des règles claires et les intègre sous le même chapeau plus général de la texture ouverte du droit.

sans plus de référence au droit. En fait cela n'a jamais été ma conception et, dans différents points », d'autres articles<sup>72</sup>,

« j'ai montré que parmi les caractéristiques qui distinguent le mode de création du droit du judiciaire du législatif, il faut tenir l'importance qui est attachée par les cours, quand elles décident des cas laissés non régulés par le droit existant de procéder par analogie de telle sorte de s'assurer que le nouveau droit qu'elles créent soit en accord avec les principes ou les raisons sous-jacentes qui peuvent être reconnus comme ayant déjà un fondement dans le droit. Très souvent en décidant de tels cas, les cours citent quelque principe général ou un but général qu'un champ considérable du droit existant exemplifie ou promeut et qui pointe vers une réponse déterminée pour le cas en discussion »<sup>73</sup>.

Plus encore, enfin, c'est un des points majeurs de ses observations dans le texte d'introduction aux *Essays*, Hart s'écarte ce qui a pu être pris, dans son analyse des concepts du droit, pour la défense de sa part d'une détermination *a priori* par l'usage linguistique du langage des cas clairs et des cas douteux. Hart s'accuse ainsi d'« un beaucoup plus sérieux défaut » (*a more serious defect*), celui d'avoir traité l'indétermination des règles de droit comme si elle était toujours une question purement linguistique, c'est-à-dire, seulement fonction de l'indétermination des mots utilisés dans la formulation d'une règle particulière. En fait, comme j'en suis venu à le voir et à le dire (dans « American Jurisprudence Through the English Eye »), la question de savoir si une règle s'applique ou ne s'applique pas à une situation de fait particulière n'est pas la même chose que la question de savoir si, selon les conventions établies du langage, cela est déterminé ou laissé ouvert par les mots de cette règle. Car un système juridique a souvent d'autres ressources au-delà des mots utilisés dans la formulation de ses règles qui serve à déterminer leur contenu ou leur signification dans les cas particuliers. Donc, comme je l'ai dit dans *Problems of Philosophy of Law*, le but évident d'une règle ou celui sur lequel il y a un accord peut être utilisé pour rendre déterminée une règle dont l'application peut être laissée

<sup>72</sup> Hart mentionne ici *Problems of Philosophy of Law* et *American Jurisprudence Through the English Eye*, précités, qu'il réédite dans le même ouvrage.

<sup>73</sup> « I may seem from what I wrote that I thought that judges, when they reach a point at which the existing settled law fails to determine a decision either way, simply push aside their law-book and start to legislate *de novo* for the case in hand without further reference to the law. In fact this has never been my view, and at various points (dans « Problems of Philosophy of Law » and dans « American Jurisprudence Through the English Eye ») I show that among features which distinguish the judicial from the legislative law-making is the importance characteristically attached by courts, when deciding cases left unregulated by existing law, to proceeding by analogy so as to ensure that the new law they make is in accordance with principles or under-pinning reasons which can be recognized as already having a footing in existing law. Very often in deciding such cases courts cite some general principle or general aim or purpose which a considerable area of the existing law can be understood as exemplifying or advancing, and which points towards a determinate answer for the instant case. ».

ouverte par les conventions du langage, et peut servir pour montrer que les mots dans le contexte d'une règle de droit peuvent avoir un sens différent de celui qu'il peuvent avoir dans d'autres contextes ». C'est un point central de l'introduction que Hart donne à la réédition de ses *Essays in Jurisprudence*<sup>74</sup>.

Sous ces réserves, Hart tient encore à ajouter que, alors que ses « arguments avaient certainement besoin d'être à la fois amplifiés et corrigés sur ce point »,

« leur correction ne peut en aucun cas venir au soutien de l'affirmation que le droit constitue un système sans lacune, jamais incomplet et contenant en lui-même les réponses à chaque question de droit, même dans les plus difficiles des cas difficiles, de telle sorte que les juges n'aient jamais à exercer un pouvoir de créer du droit en faisant un choix entre les différentes alternatives laissées ouvertes par le droit existant ».

Hart se montre donc très loin d'accorder de l'importance au vague par degré au sens technique. Cela ne peut plus surprendre après ce qu'on vient de lire. Ce serait passer, en effet, à côté de l'essentiel du projet hartien et méconnaître que c'est moins au vague par degré qu'à la « texture ouverte du langage » que Hart fait référence, c'est-à-dire à la « possibilité du vague », en fait à la possibilité de cas difficiles (et cela même lorsque sur le plan linguistique le cas est clair<sup>75</sup>).

Il convient, pour éclairer l'analyse du vague en théorie du droit, dans laquelle la place de Hart est souvent présentée comme centrale, de bien voir que la référence au vague a chez Hart des connotations particulières. Ce ne sont pas tant les analyses logiques du vague ou encore même les analyses sémantiques du vague qui l'ont intéressé. Cette référence a chez lui un sens dans son dialogue avec le scepticisme en philosophie et en droit. Hart emploie d'ailleurs assez peu

<sup>74</sup> Toujours, en effet, dans son texte d'introduction à *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (p. 5-6), parlant de façon générale de l'analyse des concepts en droit et plus précisément des concepts les plus généraux et spécifiques du droit (mais l'observation vaut pour l'analyse de tous les mots utilisés par le droit), Hart, soulignant un point majeur de révision de son approche, écrit que « *I should have emphasized that it is an important feature of those legal concepts, which linguistic philosophy could help most to free from misunderstanding or confusion, that they constituted sources of perplexity even when their application to particular cases were uncontroversial, and even for those who had a perfect mastery of these concepts within the field of their day-to-day use. The methods of linguistic philosophy which are neutral between moral and political principles and silent about different points of view which might endow one feature rather than another of legal phenomena with significance were suitable for such cases. Hence, they are not suitable for resolving or clarifying those controversies which arise, as any of the central problems of legal philosophy do, from the divergence between partly overlapping concepts reflecting divergence of basic point of view or values or background theory, or which arise from conflict or incompleteness of legal rules.* » « *For such cases what is needed is first, the identification of the latent conflicting points of view which led to the choice of formation of divergent concepts, and secondly, reasoned argument directed to establishing the merits of conflicting theories, divergent concepts or rules, or to showing how they could be made compatible by some suitable restriction of their scope.* ».

<sup>75</sup> Pour les cas de la possibilité de défaite d'une règle claire dans certaines hypothèses.

souvent le terme de vague et, quand il l'emploie, c'est en même temps que l'expression de « texture ouverte du langage » (« *vagueness or open texture of language* »)<sup>76</sup>.

Hart a voulu, ce faisant, en associant le vague et la texture ouverte du langage, une expression qu'il emprunte à Friedrich Waismann<sup>77</sup>, s'engager dans une entreprise assez éloignée de celle des auteurs qui ont entrepris le rapprochement entre analyse technique et logique du vague et théorie du droit.

Pour Weissman, la texture ouverte du langage est précisément ce qui permet de penser que les cas difficiles, mettant en cause la compréhension habituelle de nos règles n'est pas éliminable, car il existe la possibilité de rencontrer des circonstances inattendues. Pour Waismann,

« Le vague doit être distingué de la texture ouverte. Un mot qui est en fait utilisé d'une façon non constante (telle que ["tas" ou "rose"]) doit être reconnu comme vague [...]. La texture ouverte est quelque chose comme la possibilité du vague. Le vague peut recevoir un remède en fournissant plus de règles précises, la texture ouverte ne le peut pas »<sup>78</sup>.

Hart emprunte ainsi à Waismann l'expression de « texture ouverte » pour viser le scepticisme radical qui naît parfois chez les juristes de la « possibilité du vague » et notamment, dans le chapitre VII de *The Concept of Law*, pour viser le scepticisme de certains parmi les *legal realists*: pour Hart la possibilité du vague qui est toujours présente dans le langage ne met en rien en cause la réalité de la compréhension de ce que nous disons. Plus qu'à F. Waismann, d'ailleurs, c'est à Wittgenstein qu'en dernier ressort il fait référence<sup>79</sup>. En tout état de cause, l'apport de Hart est ici considérable car, même si nous n'avons pas de règle pour appliquer les règles, appliquer une règle est une pratique qui est comprise dans une communauté et qui fait sens<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Il faut observer que Hart emploie, dans *The Concept of Law*, l'expression *vagueness or open texture of language* (Hart, 1994, p. 123).

<sup>77</sup> F. WAISMANN, « Verifiability », *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume XIX (1945); réédité in *Antony Flew, Logic and Language*, the First Series, 151.

<sup>78</sup> « *Vagueness should be distinguished from open texture. A word which is actually used in a fluctuating way (such as "heap" or "pink") is said to be vague [...]. Open texture is something like possibility of vagueness. Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture cannot* ».

<sup>79</sup> Voir sur ce point P. DE LARA, « Droit et coutume : ce que Hart doit à Wittgenstein », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, p. 93 s (ici, p. 97-100). Plus largement sur ce point et l'importance de la philosophie de Wittgenstein pour la pensée de Hart, G. BLIGH, *Les bases philosophiques de la pensée de Hart*, Institut Universitaire Varenne.

<sup>80</sup> Jeremy Waldron fait observer que « *unless the problem of meaning is solved, the issue of vagueness cannot even arise* » (J. WALDRON, « Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues », précité).

Ces observations faites, et pour voir toute leur portée, il est encore utile de revenir sur les critiques adressées par Dworkin aux juspositivistes de la lignée hartienne et montrer qu'elles sont bien injustes (ce qui n'enlève rien à la profondeur des analyses dworkiniennes sur le raisonnement en droit ; pour mieux présenter ses thèses, Dworkin a construit un homme de paille). Selon Dworkin, les juspositivistes placeraient au cœur de la discussion sur le raisonnement juridique des questions portant sur la controverse sur des cas à la marge – qui n'intéressent pas les gens intelligents (on ne discute pas, comme il aime l'écrire, entre gens sérieux, de la question de savoir si une brochure d'agence de voyage est un « livre » ou de la question de savoir si le château de Westminster est une « maison ») – au lieu de comprendre que les discussions intéressantes pour la doctrine du droit portent sur des « cas centraux ». Dworkin a considéré que, dans de nombreux cas difficiles, ce n'était pas le vague des concepts qui était en cause ou au centre de la discussion (ou de la controverse), mais un désaccord sur la signification même des concepts en discussion (et plus spécialement même, ce qui peut donner lieu à une critique par ailleurs, un désaccord sur la signification du concept de droit lui-même). Dworkin a fait de cette distinction un clivage majeur pour la théorie du droit car, comme il le souligne, les vrais cas difficiles sont ceux qui se présentent à propos de concepts pour lesquels la controverse ne porte pas sur des cas limites, sur les cas à la marge (qui naissent pour l'application des concepts vagues), mais bien au contraire sur ce qu'il appelle alors des cas centraux. Il les présente comme des cas qui portent sur l'interprétation de « concepts interprétatifs » pour la présentation desquels il a, un des premiers, fait référence en théorie du droit à la notion de « concepts essentiellement contestés »<sup>81</sup>.

À première vue, pourtant, Dworkin semble bien comprendre que, chez Hart, ce ne sont pas tant les cas limites, qui résulteraient de l'emploi de termes vagues par degré, au sens technique du terme, qui sont en jeu mais bien la « possibilité du vague », c'est-à-dire la possibilité de rencontrer des cas douteux de façon générale à propos même de l'application d'une règle claire à un cas. La preuve en sont les caractères des affaires emblématiques que Dworkin prend (dans *Taking Rights Seriously comme dans Law's Empire*) pour opposer sa théorie à celle de Hart et, à travers lui, au juspositivisme anglo-américain. Dans le cas *Riggs v. Palmer* comme dans le cas de l'affaire *Tennessee Valley Authority v. Hill*, les questions de droit ne portent pas sur l'application de textes possédant *a priori* des cas à la limite de leur application, mais sur des affaires où il s'agit d'écarter un texte parfaitement clair sur le plan linguistique pour éviter une solution qui pourrait apparaître injuste à certains (dans

<sup>81</sup> Dworkin fait référence à plusieurs reprises pour introduire la notion de « concepts interprétatifs » à la notion de « concepts essentiellement contestés » proposée par W. Gallie. Cela peut laisser penser à une continuité entre les deux théories (ce qui est en discussion, voir sur ce point, T. ACAR, *La réception de l'œuvre de Dworkin en France*, thèse Paris Nanterre, 2018).

le cas de l'affaire *Riggs v. Palmer*) ou absurde (comme dans le cas de l'affaire *Tennessee Valley Authority v. Hill*). La théorie de Hart est parfaitement en mesure de faire face à de tels cas et de permettre de comprendre et de rendre parfaitement compte de ce que font les juges dans des affaires de ce type, c'est-à-dire faire référence soit à des principes, soit à l'intention contre-factuelle du législateur<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> L'erreur de Dworkin dans l'analyse de ces deux affaires est encore d'y voir une controverse sur le concept de droit (un concept qu'il présente ainsi comme « interprétatif »). Or, ce n'est pas du tout ce qui est en cause dans ces affaires. La division entre les juges portait sur ce qu'il était juste de faire dans le cas. Les arguments sur les méthodes d'interprétation, au soutien de leurs choix, sont purement rhétoriques eux-mêmes et ne sont pas l'objet de la controverse. Par ailleurs, comme cela a été très bien démontré pour l'affaire *Riggs v. Palmer*, les juges de la majorité, qui avaient utilisé, pour arriver à leur fins, un argument interprétatif en s'appuyant sur une méthode d'interprétation des lois par les intentions contre-factuelles du législateur et avaient, et même temps, fait référence à un « principe », s'écartant de l'argumentation textualiste des juges de la minorité, ont fait, dans d'autres affaires et pendant d'ailleurs la même année, référence à des arguments textualistes, lorsque cela leur convenait au soutien de la solution qu'ils voulaient voir adopter dans ces autres cas (sur cette parfaite démonstration, K. L. SCHEPPELE, « Facing Facts in Legal Interpretation », *Representations*, n° 30, 1990, p. 42-77 ; B. LEITER, « Explaining Theoretical Disagreement », *The University of Chicago Law Review*, 76, 2009, p. 1214 s.).

# FORMALISME ET NATURALISME DANS LE JUSNATURALISME PROCÉDURAL DE LON FULLER

---

Olivier THOLOZAN

*Aix Marseille Univ, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, France*

**Abstract:** *Lon Fuller's Morality of law remains a classic of american jurisprudence widely ignored by continental legal thought. Yet this book is a relevant reflexion on several meanings of formalism. The Lon Fuller's notion of procedural natural law shows a dynamic conception of law based on the idea of moral purposeful enterprise. The morality of law is an aspiration toward the perfection in legality.*

« La conception que je critique voit la réalité du droit dans le fait d'une autorité établie qui le crée. Ce que cette autorité affirme être du droit est du droit. Il n'y a, dans cette détermination, aucune question de degré; on ne peut la qualifier de succès ou d'échec. Il me semble qu'on peut résumer de la sorte l'idée générale de la théorie qui s'oppose à celle que je défends »

L. FULLER, *La Moralité du droit*

Aux Etats-Unis, Lon Luvois Fuller (1902-1978) est reconnu comme l'un des quatre plus grands théoriciens du droit du pays. Universitaire prestigieux, avocat et même arbitre en droit du travail, il se distinguera en matière de théorie du procès. Mais c'est sa volonté d'en découdre avec le positivisme juridique qui le conduira à envisager les questions que pose le phénomène juridique de façon plus générale. Il accuse ce courant de pensée de justifier un droit qui ne serait que la manifestation factuelle de l'autorité ou du pouvoir; comment alors distinguer le commandement dictatorial de véritables règles juridiques?<sup>1</sup> Fuller est convaincu qu'il existe des lois naturelles de l'ordre socio-juridique. Celles-ci paraissent découler de limites imposées par la nature à l'homme lorsqu'il organise les formes de la vie sociale. Il propose d'appeler *Eunomie* le savoir raisonné consacré au « bon ordre et aux arrangements viables »<sup>2</sup>. Ce jusnaturalisme incitera Fuller à

---

<sup>1</sup> J. VAN MEERBEECK, « Lon Fuller, le jusnaturalisme procédural », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, 80, p. 144, 147-148, p. 150.

<sup>2</sup> *Id.* p. 153.

engager un débat avec Herbert Hart qui contribuera à sa célébrité internationale<sup>3</sup>. En 1965, un colloque organisé autour des idées du théoricien du droit américain suscitera les critiques de Cohen et Dworkin. En 1969, Fuller publiera la seconde édition de la *Moralité du Droit* dans laquelle il effectue une mise au point de ses positions et répond à ses détracteurs<sup>4</sup>.

Une lecture superficielle de cet ouvrage fait apparaître les idées classiques d'un idéologue républicain américain. Fuller a d'ailleurs soutenu en 1960 la campagne présidentielle de R. Nixon, l'un de ses anciens étudiants à la Duke University<sup>5</sup>. Sans surprise on le voit prononcer un plaidoyer contre l'État providence. Selon lui, l'activité économique prend place dans le cadre contraignant de la « moralité de la propriété et des contrats ». Elle est impropre à s'inscrire dans l'univers du droit. Fuller considère que l'économie obéit au « principe général... (du)... rendement maximal à partir de ressources limitées ». Il en va de même lorsque « le calcul économique prend en compte l'obligation de payer un salaire minimum, fournir une certaine sécurité d'emploi ou soumettre le licenciement à l'arbitrage ». En effet, ces obligations se bornent, aux yeux de Fuller, à « réduire le cadre dans lequel le calcul économique a lieu »; elles n'en changent pas la « nature essentielle »<sup>6</sup>.

Une lecture plus attentive de la *Moralité du Droit* révèle la profondeur de ce « Lion affamé » de théorie du droit<sup>7</sup>. Fuller n'a pas hésité à chercher à rencontrer Kelsen et il a contribué à le faire venir aux États-Unis, lorsque le juriste autrichien fuyait le nazisme<sup>8</sup>. C'est également le théoricien du droit américain qui a invité le britannique Herbert Hart dans son pays pour engager le fer. Une photo les représentant ensemble<sup>9</sup> révèle la personnalité des deux débatteurs. D'un côté Hart, à la silhouette fragile, arbore un sourire amusé et malicieux, une chevelure ondulée romantique et une pose britannique flegmatique. La finesse de sa physionomie met en valeur la vivacité rusée qui émane de son regard. Le renard symbolise le mieux sa personnalité. De l'autre côté, Fuller adopte une pose austère. Costume sombre, son assise est plus assurée, son menton volontaire; son image rappelle celle du roi de la jungle. C'est justement la noblesse de cet animal que reflète la volonté de Fuller de proposer une conception du droit à visage humain. Il

<sup>3</sup> P. Cane (ed.), *The Hart-Fuller debate in the twenty-first century*, Hart publishing, Oxford, Portland Oregon, 2010.

<sup>4</sup> Nous utilisons la traduction française de J. Van Meerbeek (L. FULLER, *La moralité du droit*, Presses de l'Université de Saint Louis, 2017 [désormais cité MD]). Elle est confrontée avec le texte anglais d'origine (L. FULLER, *The morality of law*, New Haven and London, Yale University Press, 1969 [désormais cité ML]).

<sup>5</sup> J. VAN MEERBEECK, article précit., p. 147.

<sup>6</sup> MD, p. 177.

<sup>7</sup> C'est ainsi que Fuller est décrit lors de la venue de Hart aux États-Unis (J. VAN MEERBEECK, article précit., p. 148).

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Voir la photo de couverture de Peter Cane, *op. cit.*

n'esquive pas la question embarrassante pour le positivisme en théorie du droit d'un ordre juridique nazi<sup>10</sup> dont la dégradation morale a hypothéqué, pour le sens commun, toute validité. Cet humanisme le conduit à une conception dynamique du droit envisageant le phénomène juridique comme un processus plutôt que comme un produit fixe. Fuller défend d'ailleurs un jusnaturalisme « procédural »<sup>11</sup> et non pas substantiel. Ce procéduralisme ne renvoie pas à une Raison abstraite héritée de la philosophie des lumières. Il est animé par une intention humaine. Sa conception du droit passe par une théorie de l'action.

Celle-ci ne saute pas aux yeux à la première lecture de ses écrits malgré la facilité d'accès de son style. Sa démarche reste déroutante pour l'habitué d'une littérature théorique continentale assise sur un systématisme rationaliste. On a imputé la rétivité de ce théoricien du droit américain à la rigueur d'une logique déductive à son adhésion à la philosophie pragmatique<sup>12</sup>. Sa fascination pour la philosophie thomiste l'a certainement aussi sensibilisé à la dialectique médiévale. Mais Fuller fait une tout autre utilisation de l'entrechoc des thèses contraires caractéristique de cette méthode de réflexion du passé. Il s'engage dans le débat initié par ses contradicteurs plus ou moins positivistes. Cette méthode est, au demeurant, commune à celle des praticiens du droit qu'il fréquente. Elle porte peu aux synthèses brillantes définitives, abstraites, trop souvent – il est vrai – coupées du réel. Il en découle que la façon ondoyante dont Fuller expose ses idées n'en facilite pas la compréhension. Mais l'effort de lecture est assez rapidement récompensé. Progressivement apparaît une conception cohérente et souple du droit. Entreprise intentionnelle, l'élaboration des règles juridiques est orientée par une procédure visant à régir un monde aux limites humaines.

## I. Le droit comme entreprise intentionnelle naturelle

Dans *Deux dogmes de l'empirisme*, Quine a naturalisé l'épistémologie en la réduisant à une expérience psychologique ayant pour fin la distribution des valeurs de vérité entre certains de nos énoncés<sup>13</sup>. Fuller n'est pas vraiment éloigné de ce point

<sup>10</sup> J. VAN MEERBEECK, article précit., p. 147, note 24.

<sup>11</sup> MD, p. 189.

<sup>12</sup> R. G. BONE, « Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation », *Boston University law review*, 75-5, November 1995, p. 1283-1284.

<sup>13</sup> « La totalité de ce qu'il est convenu d'appeler notre savoir et nos croyances... est une étoffe tissée par l'homme, et dont le contact avec l'expérience ne se fait qu'en bordure... La science totale est comparable à un champ de forces. Si un conflit avec l'expérience intervient à la périphérie, des réajustements s'opèrent à l'intérieur du champ. Il faut alors redistribuer les valeurs de vérité entre certains de nos énoncés » (W. VAN ORMAN QUINE, « Deux dogmes de l'Empirisme », in du même, *Du point de vue logique. Neuf essais logico-philosophiques*, Vrin, 2003, 76-77).

de vue pragmatiste en exposant sa conception du droit. Mais à la différence de Quine, il s'efforce de montrer la moralité de cette entreprise humaine intentionnelle.

### A. *La moralité du droit*

Fuller remet essentiellement en cause la thèse positiviste de la séparation du droit et de la morale en s'efforçant d'en révéler l'absurdité. Il n'accorde pas de développement substantiel sur le fondement de la thèse inverse qu'il soutient. Sa stratégie se borne à montrer sa cohérence. Le point de départ de son argumentation repose sur l'approfondissement de la notion de morale.

Fuller affirme reprendre une distinction de la philosophie morale de son époque mais qu'il prétend « systématiser » et exprimer selon une terminologie propre<sup>14</sup>. Il évoque d'abord une « morale d'aspiration », véritable « moralité de la vie bonne, de l'excellence, de la réalisation complète des potentialités humaines », présente dans « la philosophie grecque »<sup>15</sup>. Elle part « du sommet de la réalisation humaine ». Fuller lui oppose la « moralité du devoir » qui part « de sa base ». Celle-ci établit les « règles sans lesquelles une société organisée est impossible, ou à tous le moins ne peut atteindre ses objectifs ». Il va préciser sa pensée en instrumentalisant, en bon dialecticien, les idées d'Adam Smith. Il affirme que la moralité du devoir prescrivait « ce qui est nécessaire en société » est comparable « aux règles de grammaire » déterminant « ce qui est requis pour présenter le langage comme instrument de communication ». Et, à l'inverse, la morale d'aspiration repose sur des principes « lâches, vagues et indéterminés » proposant « une idée générale de la perfection vers laquelle on doit tendre plutôt que des indications certaines et infaillibles pour l'atteindre »<sup>16</sup>.

C'est au sein de cette problématique que Fuller aborde la question de la moralité du droit. Son interrogation est originale. Il n'envisage pas le problème de manière cartésienne, générale et abstraite mais comme un philosophe pragmatiste, un dialecticien thomiste ou un simple juriste de *Common law*. Il raisonne à partir d'un cas qui a marqué ses commentateurs. Il s'agit de l'hypothèse fictive d'un

---

<sup>14</sup> MD, p. 14. Fuller fait valoir indirectement l'importance du philosophe moral écossais Lord A. Lindsay (1879-1952) dans l'élaboration de cette distinction. Il se réfère à son ouvrage *The two moralities*, 1940 exprimant l'éthique chrétienne de son auteur (MD, p. 14., note 4).

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Id.*, p. 15. Tout en le citant explicitement, Fuller détourne la distinction de Smith. Ce dernier confère la précision des règles de grammaire à la vertu de justice et le caractère vague aux autres vertus morales (A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, [2<sup>e</sup> éd. 1790], PUF/Quadrige, 2003, p. 244). Le philosophe écossais fait découler le droit de la vertu de justice (*id.*, p. 143 et 152). La moralité du devoir caractérise donc le droit pour lui. À l'inverse Fuller considère que la moralité du droit est une morale d'aspiration (cf. *infra*).

monarque, baptisé Rex pour l'occasion, souhaitant établir un système juridique<sup>17</sup>. Fort de l'aisance du conteur, Fuller n'a aucun mal à convaincre son lecteur des difficultés pratiques rencontrées par ce jeune monarque plein de bonne volonté mais ignorant du savoir des juristes. Il met à jour des contraintes qu'il qualifie de « moralité interne du droit ». Cette dernière « ne s'intéresse pas aux objectifs de fond des règles juridiques, mais à la façon dont un système de règles visant à gouverner le comportement humain doit être construit et administré s'il veut être efficace, tout en demeurant ce qu'il prétend être »<sup>18</sup>. Fuller vise les règles de « l'art pratique » du juriste et non les buts substantiels attribués aux règles de droit<sup>19</sup>, même si les premières affectent forcément ces derniers »<sup>20</sup>.

Fuller caractérise le contenu de la moralité interne du droit en évoquant une « utopie de légalité ». En vertu de celle-ci, les règles juridiques seraient « parfaitement claires, cohérentes les unes avec les autres, connues de chaque citoyen, et jamais rétroactives ». De surcroît ces règles devraient être « constantes à travers le temps » et ne demander que « ce qui est possible ». Enfin ces règles devraient être « scrupuleusement observées par les tribunaux, la police et toute autre personne chargée de leur application »<sup>21</sup>. Au vu de ces exigences, Fuller en conclut que le caractère « affirmatif et créatif » de la moralité interne du droit ne permet pas de l'exprimer « en termes de devoirs, qu'ils soient moraux ou légaux ». Cette moralité juridique « reste essentiellement une moralité d'aspiration » reflétant « une tutelle bienveillante »<sup>22</sup>. Elle n'en perd pas pour autant sa force contraignante. En effet, la moralité d'aspiration « s'exprime en des termes aussi impératifs que ceux qui sont propres à la moralité du devoir » puisqu'elle est « une moralité d'aspiration humaine ». Elle ne saurait donc refuser cette « qualité à des êtres humains sans se répudier elle-même »<sup>23</sup>. Au demeurant, Fuller nuance sa conception en admettant que la moralité interne du droit reflète « également une moralité du devoir et d'aspi-

<sup>17</sup> Le chapitre II de la Moralité du droit débute par l'analyse de ce cas (MD, p. 43-48).

<sup>18</sup> *Id.*, p. 104.

<sup>19</sup> *Id.* p. 100. Fuller évoque « la tutelle bienveillante et la fierté de l'artisan » (*id.*, p. 52), de façon aristotélicienne la pratique de la « médecine » (*id.* p. 102) ou encore « les lois naturelles de la menuiserie, à tous le moins celles que respecte le charpentier qui veut que la maison qu'il construit tienne debout et abrite ceux qui y vivent » (*id.*, p. 104). Fuller ne reconnaît qu'une seule règle de droit naturel substantiel lors du débat qui l'oppose à Hart sur le contenu minimal de droit naturel d'un système juridique. Pour le théoricien du droit américain Hart a tort de considérer que le but substantiel du droit est l'autoconservation. À ses yeux, il s'agit plutôt de « l'objectif visant à maintenir la communication avec nos semblables... car l'homme a été capable de survivre jusqu'à présent grâce à sa capacité de communiquer » (*id.*, p. 191).

<sup>20</sup> *Id.*, p. 189.

<sup>21</sup> *Id.*, p. 51.

<sup>22</sup> *Id.*, p. 52. Fuller souligne une « exception de taille ». Il s'agit de « l'exigence de rendre les lois connues, ou au moins les rendre accessibles à ceux qu'elles affectent. À la différence des autres, elle se prête tout particulièrement à une formalisation » (*ibid.*).

<sup>23</sup> *Id.*, p. 189.

ration » lorsqu'elle détermine les seuils de franchissement de ses exigences<sup>24</sup>. Il faut dire que cette moralité vise à apprécier l'exercice d'une intention.

### **B. La moralité du droit comme entreprise intentionnelle**

Pour Fuller, le droit ne saurait être assimilé à « l'émanation d'une autorité formelle »<sup>25</sup> comme le soutient le positivisme juridique. Il fait valoir qu'« aucune instruction ne pourra jamais se passer d'une action intelligente guidée par un sens du but recherché »<sup>26</sup>. Invoquant l'autorité de Max Weber, Fuller souligne que « les structures sociales formelles » confrontées au problème des lacunes les combleront « par des actions appropriées, souvent réalisées sans conscience qu'il existait une alternative » ; les « instructions formelles » permettant des « absurdités » ne sauraient pousser leurs destinataires à « faire échouer toute l'entreprise dans laquelle ils sont engagés ». Fuller centre son attention sur « l'effort humain » sous-tendant toute « structure formelle d'autorité » qui n'est « exigé par aucune loi ou aucun commandement »<sup>27</sup>.

Le droit est donc envisagé comme une « entreprise » (*enterprise*), une « activité » (*activity*). Fuller y voit la réalisation d'un « effort dans l'intention de » (*purposive effort*)<sup>28</sup>. J. Van Meerbeeck traduit l'idée en français par « effort intentionnel »<sup>29</sup>, « entreprise intentionnelle »<sup>30</sup> (*purposeful enterprise*)<sup>31</sup>, « activité intentionnelle »<sup>32</sup> (*purposive activity*)<sup>33</sup>. Cette traduction met particulièrement bien en évidence l'insistance de Fuller sur le fait que l'élaboration d'un système juridique relève avant tout de l'action. Son « succès » dépend de « l'énergie, de la connaissance, de l'intelligence de ceux qui la mènent »<sup>34</sup>. Le but de cette activité juridique est de « soumettre la conduite humaine à la gouvernance des règles »<sup>35</sup>. Cette intention aussi « modeste que sensée » d'instituer le droit<sup>36</sup> permet au « théoricien du droit » de

<sup>24</sup> *Id.*, p. 51. Fuller estime que cette double moralité du phénomène juridique joue lorsqu'« elle est confrontée au problème de savoir où tracer la frontière en dessous de laquelle les hommes seront condamnés en cas d'échec, mais ne peuvent attendre aucun éloge en cas de succès, et au-dessus de laquelle ils seront admirés en cas de succès, mais ne susciteront que la pitié en cas d'échec » (*ibid.*).

<sup>25</sup> *Id.*, p. 155.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 156.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 154-155.

<sup>28</sup> ML, p. 106.

<sup>29</sup> MD, p. 113.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 151.

<sup>31</sup> ML, p. 145.

<sup>32</sup> MD, p. 120.

<sup>33</sup> ML, p. 113.

<sup>34</sup> MD, p. 151. Fuller précise que le « droit » comme « entreprise intentionnelle » est « vouée en raison de cette dépendance, à ne jamais pouvoir atteindre totalement ses objectifs » (*ibid.*).

<sup>35</sup> *Id.*, p. 113.

<sup>36</sup> *Id.*, p. 153.

« découvrir et traiter » des « régularités dans le donné factuel ». Mais ces dernières n'ont rien de commun avec celles qu'un « scientifique » fait apparaître en « observant une nature inanimée ». Le juriste doit éprouver un « nouveau respect » pour un objet humain doté de sa propre « logique perceptible »<sup>37</sup>.

En faisant de la production juridique une entreprise intentionnelle de soumission de la conduite humaine « à la supervision et au contrôle des règles générales »<sup>38</sup>, Fuller effectue un retournement dialectique contre le positivisme juridique étatique. Il décentre la définition de l'État de Weber dont il est un lecteur attentif et critique. Pour le sociologue allemand, l'État est « une entreprise politique de caractère institutionnel »<sup>39</sup> lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès le monopole de la contrainte physique légitime dans l'application des règlements »<sup>40</sup>. La caractéristique de l'État moderne est « une réglementation administrative et juridique modifiable par des lois, d'après laquelle s'oriente l'entreprise de l'activité de la direction administrative (également réglementée par des lois) ». Cette réglementation revendique « une validité non seulement pour les membres du groupement... mais aussi pour toute l'activité qui se déroule dans les limites du territoire que (l'État) domine »<sup>41</sup>. Weber fixe son attention sur l'action du pouvoir étatique qui est orientée par ce qu'il appellera « l'ordre juridique »<sup>42</sup>.

Pour Fuller, l'entreprise intentionnelle visant à l'établissement d'un système juridique renvoie à une pratique spécifique. Elle obéit à des exigences particulières et ne se dissout pas dans le simple exercice de la souveraineté de l'État ; le caractère étatique de l'action perd donc de son importance. Fuller synthétise en une notion séminale de sa pensée les exigences de l'entreprise intentionnelle constituée par la construction d'un véritable système juridique. Elles forment ce qu'il appelle un « droit naturel procédural ou institutionnel »<sup>43</sup>.

## II. Les règles d'un droit naturel procédural

Fuller précise que sa « version procédurale du droit naturel » implique d'interpréter le mot procédural largement « de façon à inclure... une concordance substantielle entre la loi adoptée et l'action des pouvoirs publics ». Pour autant, ce droit n'a rien à voir avec un droit naturel substantiel car il ne concerne pas « les objectifs de fond des règles juridiques » mais « la façon dont un système de règles

<sup>37</sup> *Id.*, p. 157.

<sup>38</sup> *Id.*, p. 153.

<sup>39</sup> Les termes allemands utilisés par Weber sont *POLITISCHER ANSTALTSBETRIEB*. Traduit littéralement, il s'agit d'une exploitation politique visant à son établissement.

<sup>40</sup> M. WEBER, *Économie et Société* 1, Agora Pocket, 1995, p. 97.

<sup>41</sup> *Id.*, p. 99.

<sup>42</sup> M. WEBER, *Économie et Société* 2, Agora Pocket, 1995, p. 11 et s..

<sup>43</sup> MD, p. 189.

visant à gouverner le comportement humain doit être construit et administré s'il veut être efficace, tout en demeurant ce qu'il prétend être »<sup>44</sup>. Le droit naturel procédural vise à assurer une authentique formalisation des solutions juridiques par le langage, que cela concerne l'expression de la règle ou son interprétation.

### A. *L'expression de la règle*

Fuller relève en premier lieu « l'impératif de généralité » des règles de droit impliqué, à ses yeux, par « l'acte même de communiquer »<sup>45</sup>. Il rejoint Weber et sa description du mode de généralisation du droit. Le sociologue allemand évoquait « la réduction des motifs déterminant la décision dans un cas particulier à un ou plusieurs principes, ... à des "prescriptions juridiques" ». Weber exprime ce dernier terme par le vocable allemand *rechtsätze* renvoyant à des phrases ou propositions grammaticales correctes relatives au droit. Il ajoute que « l'élaboration de prescriptions de plus en plus nombreuses... repose sur une casuistique et la favorise de son côté »<sup>46</sup>. Weber montre ainsi que l'« analogie » mise en œuvre par le casuiste implique un mode parfois affaibli<sup>47</sup> mais valide de généralisation du droit. Il offre un argument de poids à la position plus abrupte de Fuller.

Ce dernier est plus nuancé lorsqu'il évoque l'exigence de publication du droit soumis, à son sens, « au principe d'utilité marginale ». Il admet l'absurdité de vouloir « apprendre à chaque citoyen la signification complète des lois ». L'éducation juridique des destinataires des règles dépend « de la mesure dans laquelle les besoins juridiques s'écartent des opinions généralement partagées en ce qui concerne le bien et le mal »<sup>48</sup>. Fuller indique « qu'il est nécessaire aux avocats de connaître les règles et pratiques... internes » des autorités chargées d'appliquer la loi. En effet, « pour prévoir l'issue d'une affaire », il est souvent essentiel de connaître non seulement « les règles formelles » mais aussi « les procédures internes de délibération et de consultation régissant l'application de ces règles en pratique »<sup>49</sup>. Plus généralement, même si les destinataires du droit ne s'y intéressent guère, sa publication n'est pas vaine. Fuller relève que « la connaissance du droit de quelques-uns... mieux informés influence souvent de façon indirecte les actions de beaucoup d'autres ». La publication du droit permet surtout une « critique publique » permettant de vérifier si le contenu de la loi « peut être effectivement communiqué » et « de contrôler » son « respect » par les autorités

<sup>44</sup> *Id.*, p. 104.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 55.

<sup>46</sup> M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF/Quadrige, 2013, p. 47.

<sup>47</sup> Weber reconnaît que « toute casuistique développée ne conduit pas et n'est pas parallèle au développement de « prescriptions juridiques » d'une grande sublimation logique » (*ibid.*).

<sup>48</sup> MD, p. 58-59.

<sup>49</sup> *Id.*, p. 59.

d'application du texte<sup>50</sup>. Fuller veut lutter contre un droit mal exprimé, en réalité inapplicable et trop souvent, à son goût, instrument du caprice de l'interprète.

Le théoricien du droit américain revendique avec force « l'exigence de clarté... (comme)... un des ingrédients les plus essentiels de la légalité ». Il faut éviter qu'« une législation obscure et incohérente » ne rende « la légalité inaccessible à tous ». Fuller estime que la clarté n'exclut pas de recourir aux « standards de jugements de bon sens... développés dans la vie ordinaire, loin des couloirs parlementaires, » qu'il faut « intégrer dans la loi »<sup>51</sup>. Fuller considère d'ailleurs qu'il faudrait analyser les circonstances dans lesquelles l'interprétation judiciaire de la loi permettrait la résolution de controverses par une « casuistique » fondée sur « des standards de décisions relativement clairs »<sup>52</sup>. Dans le même sens, il dénonce les lois « exigeant l'impossible ». Son engagement libéral le conduit à illustrer cette difficulté en attirant l'attention sur les risques d'abus de la « responsabilité objective » susceptibles de provoquer la disparition « de toute conception d'un lien causal entre l'acte et le dommage qui en résulte »<sup>53</sup>. Fuller sait bien que le développement de la société techno-industrielle tend irrémédiablement à étendre la socialisation du risque et faire reculer la responsabilité classique pour faute. Mais il éprouve une aversion profonde contre le behaviorisme défendu par le psychologue Skinner qu'il accuse d'encourager le « déclin du concept de responsabilité » par une « extension abusive de la “science”... et une épistémologie des plus naïves »<sup>54</sup>.

De façon plus pertinente, il s'oppose à la modification trop fréquente du droit causée par « l'inconstance législative »<sup>55</sup>. Il aborde la délicate question de la rétroactivité des lois. Il rappelle que l'objet du droit ne saurait être « d'orienter le comportement humain aujourd'hui... à l'aide des règles qui seront adoptées demain ». La rétroactivité des lois ne peut donc être acceptable que de façon limitée. Fuller évoque « une mesure curative » utilisée pour corriger « une publication (législative) insuffisante » de la loi<sup>56</sup>. Plus pénétrant, il relève que dans un système juridique authentique, « le contrôle des actions des citoyens n'est pas opéré par des instructions spécifiques mais par des règles générales exprimant le principe que des cas semblables doivent être traités de la même manière ». Aussi si la rétroactivité des lois « ne peut pas servir de fondement aux interactions des citoyens », elle peut permettre de « réparer des violations du principe selon lequel

---

<sup>50</sup> *Id.*, p. 60.

<sup>51</sup> *Id.*, p. 71-72.

<sup>52</sup> *Id.*, p. 73.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 79.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 170.

<sup>55</sup> *Id.*, p. 88.

<sup>56</sup> *Id.*, p. 62.

les cas semblables doivent être traités de la même façon »<sup>57</sup>. Fuller utilise la règle ou principe de justice, évoqué par Hart<sup>58</sup> puis Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, pour fonder la juste emprise du droit dans le temps.

Tout aussi judicieux, le théoricien du droit américain souligne que la difficulté posée par la rétroactivité du droit devient encore plus aiguë lorsque l'on envisage sa formulation judiciaire. Elle se pose en cas de revirement de jurisprudence. Pour Fuller, l'impact du changement jurisprudentiel est plus particulièrement grave en matière d'« affaire criminelle ». Il propose un principe qui permettrait d'éviter des décisions pénales aberrantes. En vertu de celui-ci, un défendeur ne peut être reconnu coupable d'un crime « lorsque la loi, telle qu'appliquée à une situation particulière, est à ce point, peu claire que, si elle avait été obscure dans toutes ses applications, elle eût été déclarée nulle en raison de l'insécurité juridique qu'elle crée ». Cette solution harmoniserait le traitement d'une « incertitude spécifique avec celui réservé aux lois pénales... incertaines dans leur ensemble »<sup>59</sup>. Si Fuller s'intéresse tout spécialement à la rétroactivité des lois pénales, c'est qu'elles relèvent d'un domaine juridique qui « vise le plus et le plus directement à façonner et à contrôler le comportement humain »<sup>60</sup>. La loi pénale fait donc apparaître de façon plus vive « l'absurdité brutale » consistant à exiger « aujourd'hui d'un homme » ce qu'il a « fait hier »<sup>61</sup>. Fuller reconnaît qu'il n'existe pas de solution exhaustive à la difficulté posée par la question de la rétroactivité; mais les juristes pourraient facilement reconnaître les « indécences flagrantes »<sup>62</sup>.

C'est que pour Fuller l'entreprise intentionnelle visant à produire du droit est animée par une volonté de coopération. Selon lui, elle se manifeste tout particulièrement dans l'opération d'interprétation du droit.

## **B. L'interprétation du droit**

La conception de l'interprétation juridique de Fuller est originale car elle insiste sur la continuité entre la fonction du législateur et celle du juge. Ceci transparaît lorsqu'il soutient que le législateur doit éviter les « contradictions involontaires

---

<sup>57</sup> « *Under the rule of law control over the citizen's actions is accomplished, not by specific directions, but by general rules expressing the principle that like cases should be given like treatment... The retrospective statute cannot serve as a baseline for the interactions of citizens with one another, but it can serve to heal infringements of the principle that like cases should receive like treatment* » (ML, p. 211).

<sup>58</sup> H.-L. HART, *Le concept de droit*, Ed. Facultés universitaires de Saint Louis, 2005, p. 177; Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, Édition de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 294 et s..

<sup>59</sup> MD, p. 67.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 67-68.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 68.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 71.

dans la loi »<sup>63</sup>. Cette préoccupation ne relève en effet pas seulement de l'édition du droit. Le législateur doit déjà interpréter la loi lorsqu'il la forge ainsi que le reste de la législation en vigueur pour éviter la difficulté soulignée. Fuller fait finement remarquer que la résolution des contradictions législatives ne relève pas d'une « logique » assise sur le principe d'identité selon lequel A ne peut pas être non A<sup>64</sup>. Le législateur doit se préoccuper « d'articulation des lois entre-elles »<sup>65</sup>. Et, plutôt que de contradiction, il s'agirait d'évoquer le caractère opportun<sup>66</sup> de lois qui « s'affrontent mais sans nécessairement entraîner la disparition de l'une ou de l'autre »<sup>67</sup>. Ici la loi devient inopportune car elle ne « convenait pas ou ne s'articulait pas avec les autres lois ». Une telle appréciation découle d'une « série de considérations... extrinsèques aux termes de la loi » soit « d'ordre technologique », soit découlant du « cadre institutionnel du problème, juridique, moral, politique, économique et sociologique »<sup>68</sup>. Les propos de Fuller font penser à l'articulation apparemment antithétique des régimes de responsabilité pour faute et pour risque à la fin des XIX<sup>e</sup> – début XX<sup>e</sup> siècles en France visant à mieux encadrer la nouvelle société techno scientifique issue de la Révolution industrielle.

Entrant plus avant dans la question de l'interprétation, Fuller admet que « la concordance entre l'action des pouvoirs publics et le droit » est l'« exigence la plus complexe de la moralité du droit ». Elle peut être perturbée par des facteurs aussi divers que : « l'interprétation erronée, l'inaccessibilité du droit, la connaissance insuffisante de ce qui est requis pour préserver un système juridique, la corruption, le préjugé, l'indifférence, la stupidité ou le désir de pouvoir personnel ». La concordance recherchée peut être assurée par « des dispositifs procéduraux »<sup>69</sup>. Fuller pense aux garanties de la procédure judiciaire et rappelle qu'aux États-Unis « la mission d'empêcher une divergence entre le droit tel qu'il est énoncé et tel qu'il est réellement appliqué revient au pouvoir judiciaire ». Selon lui, les avantages de cette dévolution consistent dans le fait de « placer cette responsabilité entre des mains expertes, soumettre son exécution au contrôle public et mettre en lumière l'intégrité de la loi ». En revanche ce recours à la justice a l'inconvénient de dépendre de la « volonté et de la capacité financière de la partie touchée par les abus de porter son affaire devant les tribunaux ». De surcroît Fuller reconnaît que le recours au juge a été insuffisant à son époque « pour contrôler les comportements illégaux de la

<sup>63</sup> *Id.*, p. 74.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Id.*, p. 77.

<sup>66</sup> Fuller utilise le terme anglais inconvénient dans son sens d'origine (*id.*, p. 78).

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Id.*, p. 89.

police »<sup>70</sup>. Enfin il met en garde contre l'étendu du pouvoir qui peut être reconnue à la Cour suprême américaine. Les facteurs susceptibles de favoriser un « manque de concordance ente l'action judiciaire et le droit législatif » s'aggravent lorsque la Cour oublie sa fonction d'interprète et « crée elle-même le droit ». Alors, des « écarts dommageables par rapport aux autres principes de légalité » apparaissent. Ces décalages se manifestent par « l'impossibilité de formuler des règles générales raisonnablement claires » ainsi que par « des décisions contradictoires, des changements d'orientation fréquents et des revirements de jurisprudence »<sup>71</sup>.

C'est dire toute l'importance des règles d'interprétation aux yeux de Fuller. À son sens, les autorités publiques ne sauraient appliquer « la loi ni selon leur bon plaisir, ni au pied de la lettre » mais « conformément aux principes d'interprétation appropriés au système juridique pris dans son ensemble »<sup>72</sup>. Pour les évoquer, Fuller s'appuie sur le compte rendu historique du juriste anglais Coke sur l'affaire Heydon de 1584 jugée par les Barons de l'Echiquier. Ainsi l'interprète doit :

- Prendre connaissance du droit avant l'adoption de la loi.
- Se demander quel était le problème ou le défaut sans solution dans ce droit antérieur.
- Rechercher quelle a été la solution choisie par le Parlement.
- Déterminer le vrai motif de la solution.

Fuller ajoute une ultime condition: déterminer comment « ceux qui doivent s'orienter à l'aide des termes de la loi peuvent raisonnablement en comprendre l'intention » car « la loi ne doit pas devenir un piège pour ceux qui ne sont pas capables d'en connaître les motifs aussi bien que les juges »<sup>73</sup>.

Fuller concentre son attention sur l'intention de la loi et rejette « une conception atomistique... combinée à... une théorie curseur de la signification ». En vertu de celle-ci, l'esprit se focaliserait « sur des choses particulières plutôt que des idées générales, sur des situations de fait spécifiques plutôt que sur le sens que ces situations pourraient avoir pour les affaires humaines en général »<sup>74</sup>. Pour récuser une telle conception, en bon dialecticien pragmatiste, Fuller recourt à un exemple imaginaire ingénieux. Il évoque le fils d'un inventeur, trop tôt décédé pour achever son travail. Le père aurait enjoint à son fils d'achever son invention en respectant son intention. Pour Fuller, l'interprète de la loi est confronté à la même difficulté. Il doit se demander quel est « le vrai motif de la solution »

<sup>70</sup> *Id.*, p. 90. L'ouvrage est écrit dans les années 1960 alors que la Cour suprême forge progressivement une jurisprudence visant à renforcer le contrôle des opérations de police. Les émeutes raciales de l'époque aux USA, et leur dure répression, attestent du caractère sensible du problème.

<sup>71</sup> *Id.*, p. 91.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Id.*, p. 91-92.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 93.

adoptée dans le texte législatif. L'interprète doit déterminer si « la solution prescrite est de nature à remédier » à l'affaire pendante, « manifestation particulière du problème général visé par la loi »<sup>75</sup>. L'intention du législateur n'est donc pas un « phénomène de psychologie individuelle » mais un « acte collectif ». Fuller préfère donc parler d'« intention de la loi » plutôt que « d'intention législative »<sup>76</sup>.

Cette conception de l'interprétation juridique permet au théoricien du droit américain d'insister sur la « nature coopérative » de cette activité. Pour que la mission de l'interprète reste « utile », le législateur ne doit pas lui imposer « des tâches dépourvues de sens ». Le rédacteur de la loi doit assumer la responsabilité d'« anticiper des modes d'interprétation rationnels et relativement stables » de son texte en préparation. Il y a donc une « dépendance réciproque » entre l'édition et l'interprétation de la loi<sup>77</sup>. Fuller répond ainsi au scepticisme caractéristique du positivisme juridique scientifique. Hart avait soutenu que les « règles juridiques ne pouvaient s'exprimer que par des modèles de comportements... indéterminés » possédant une « texture ouverte » propre au « langage » par lequel ils sont formulés. Et, il expliquait cela en estimant que « la condition humaine » implique la « relative ignorance du fait » et la « relative indétermination des fins »<sup>78</sup>. Kelsen était, lui, allé encore plus loin en soutenant que la norme juridique était « un cadre ouvert à plusieurs possibilités »<sup>79</sup>. Il en concluait de manière radicale que la « sécurité juridique » est une « illusion »<sup>80</sup>. À une formulation aussi extrême, Fuller oppose sa conception coopérative de l'interprétation législative qui incite le législateur et le juge à travailler de concert. Selon lui, le succès de « l'entreprise visant à soumettre le comportement humain à la gouvernance des règles ne pourra jamais être garantie en concentrant en un seul endroit... l'intelligence, la connaissance ou la bonne volonté »<sup>81</sup>. En effet la légalité est un « art pratique »<sup>82</sup> qui transcende la séparation des pouvoirs. Au demeurant, cette dernière perd beaucoup de son sens si elle isole chaque pouvoir dans une pure attitude de négation. Fuller les réassocie dans un partenariat visant à réaliser l'entreprise intentionnelle du droit.

---

<sup>75</sup> *Id.*, p. 94.

<sup>76</sup> *Id.*, p. 94-95.

<sup>77</sup> *Id.*, p. 99.

<sup>78</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 147 comparé avec l'édition anglaise : Oxford, Clarendon Press, 1961/1970, p. 124-125.

<sup>79</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Ed La Baconnière-Neuchâtel, 1988, XI, 3, p. 151.

<sup>80</sup> *Id.*, XI, 6, p. 155.

<sup>81</sup> *MD*, p. 99.

<sup>82</sup> *Id.*, p. 100.

\*\*\*

La notion de droit naturel procédural dégagée par Fuller contribue à nuancer largement la critique classique de l'excès d'abstraction du formalisme juridique. On a pu reprocher à ce dernier de justifier un droit « déréalisé », coupé de ses conditions concrètes de production historique. Fuller exploite une toute autre dimension du caractère formel du droit. Sa référence à la moralité juridique interne aboutit à mettre en lumière le caractère procédural typique de la naturalité du phénomène juridique. Cette quête d'un formalisme procédural conduit à envisager le droit comme un processus, une manière de faire le droit. L'analyse juridique est restituée dans une théorie de l'action. D'ailleurs Fuller n'hésite pas à invoquer les ressources d'une « sociologie interactionnelle » américaine, alors en voie de construction, au soutien de sa conception collaborative de l'élaboration du système juridique<sup>83</sup>. Ce positionnement interactionniste fait du formalisme juridique le médium d'expression d'une intention. Elle a pour objet le gouvernement des humains. La rationalité du droit est donc téléologique.

Fuller contribue à l'amélioration d'une « économie de la légalité »<sup>84</sup> révélée par un dialogue entre l'observateur extérieur et les titulaires légitimes du savoir juridique<sup>85</sup>. Pour Fuller, la naturalité du droit révèle ses deux dimensions. En percevant le phénomène juridique comme une entreprise intentionnelle, le théoricien du droit américain en restitue le caractère à la fois objectif et subjectif. Sa pensée fait écho à l'institutionnalisme de Maurice Hauriou voyant dans l'Institution juridique un organisme social animé par une idée directrice et uni par la communion de ses membres. On comprend aussi l'intérêt de Fuller pour la sociologie compréhensive wébérienne, si sensible à la signification que les acteurs sociaux donnent à leurs actions.

Toutefois l'apport le plus fondamental du formalisme fullerien est d'avoir insisté sur la rationalité du droit comme art pratique collaboratif. On peut d'ailleurs se demander, non sans facéties, si, malgré leur débat, Hart, le renard, ne lui a pas rendu un hommage secret en défendant l'idée de noyau irréductible de droit naturel si peu compatible avec son positivisme.

---

<sup>83</sup> *Id.*, p. 200.

<sup>84</sup> J. COMMAILLE, *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015, p. 23.

<sup>85</sup> *Id.*, p. 24.

# LE FORMALISME COMME ESSENCE DU RAISONNEMENT JURIDIQUE

---

Frédéric ROUVIÈRE

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie du Droit (LTD UR 892)*

**Abstract:** *To argue that formalism is the essence of legal reasoning is to consider that the priority given to formal elements constitutes the specificity of legal reasoning, in other words, what distinguishes it from all others. This thesis is far from self-evident as it has been and continues to be challenged and criticized. However, we would like to show that the criticism is based on a certain ambiguity. Not only can formalism not be reduced to its historical dimension, namely as a particular moment of classical legal thought in the United States or as a « école de l'exégèse » in France, but formalism can not be also disqualified because it would not get to the deep of things. This approach to the problem conceals, in our view, the crucial point that the law deliberately assumes a formal treatment of issues that, when considered on the merits, are truly insoluble.*

**1. Priorité à la forme** – Soutenir que le formalisme est l'essence du raisonnement juridique consiste à considérer que la priorité accordée aux éléments formels constitue la spécificité du raisonnement juridique, autrement dit ce qui le distingue de tous les autres types de raisonnement.

L'idée d'essence n'implique nullement d'adhérer à une philosophie réaliste et essentialiste au sens fort du terme c'est-à-dire considérant que l'essence existe indépendamment du sujet connaissant. Bien au contraire, l'essence est ici entendue au sens épistémologique et même au sens husserlien : par réduction eidétique, l'essence est dans la pensée l'élément invariant du phénomène considéré, ici le raisonnement juridique.

Cette thèse du formalisme comme essence du raisonnement est très loin d'aller de soi tant elle a été contestée et critiquée et continue encore de l'être. Nous souhaiterions toutefois montrer que les critiques reposent sur une certaine ambiguïté. D'abord, le formalisme ne peut être réduit à sa dimension historique, à savoir comme moment particulier de la pensée juridique classique aux États-Unis ou comme « école de l'exégèse » en France. Ensuite, le formalisme ne peut être disqualifié *a priori* parce qu'il n'irait pas au fond des choses. La critique perd son sens si le formalisme est précisément ce qui fait la particularité du raisonnement juridique.

Le rejet *a priori* du formalisme occulte selon nous le point crucial à savoir le fait que le droit assume délibérément un traitement formel de questions qui, envisagées au fond, seraient proprement insolubles en tant que dilemmes<sup>1</sup>.

**2. Que veut dire « penser en juriste » ?** – Il est revenu à Frederick Schauer d'avoir remis cette question au goût du jour en défendant l'idée d'une spécificité relative du raisonnement juridique. Il considère qu'il n'existe pas de formes argumentatives que le droit utiliserait seul<sup>2</sup>. À cet égard, il y a dans le raisonnement juridique comme dans d'autres types de raisonnement, des analogies, des définitions, la référence à des cas ou à des exceptions. Toutefois, dans la défense élaborée par Frederick Schauer on est frappé par le rôle récurrent de la forme et des considérations formelles dans le raisonnement juridique<sup>3</sup>.

C'est ainsi que notre auteur insiste tout à tour sur la prépondérance de la formulation littérale des règles<sup>4</sup>, le respect de ce qui est écrit<sup>5</sup>, le respect du précédent<sup>6</sup> ou des autorités<sup>7</sup>. Tous ces aspects présentent un indéniable noyau formel. L'argument littéral s'attache à être fidèle à la lettre des textes, le précédent implique de comparer deux cas dont l'un est décrit et énoncé dans une décision de justice ; enfin l'idée même de l'autorité est d'accorder une prépondérance à la source au détriment du contenu.

Dès lors, une opposition se profile : la spécificité du raisonnement juridique tient au rôle des éléments formels par opposition au contenu des règles. La matière (ou la substance) des énoncés passe en droit au second plan. De la même façon, le contexte d'énonciation des règles qui tient aux finalités et objectifs politiques du législateur, aux intentions idéologiques et morales des juges s'efface relativement devant des considérations strictement formelles tenant à ce qui a été dit par écrit. La forme renvoie aux idées d'apparence, d'aspect, de modalités de présentation. En d'autres termes, si la spécificité du raisonnement juridique tient dans son formalisme, il tient dans la façon particulière dont il agence et redistribue les éléments classiques d'un raisonnement. À cet égard, il paraîtrait alors normal que le raisonnement juridique n'use d'aucun argument propre s'il consiste avant tout dans une *certaine façon* de produire une argumentation.

En suivant cette ligne de démonstration, on ne peut que s'interroger sur le fait que le raisonnement juridique ait été critiqué pour son manque de réalisme, bref pour son inaptitude à rendre compte de la réalité de la pratique juridique

<sup>1</sup> S. BOARINI, *Qu'est-ce qu'un cas moral?* Vrin 2013, p. 19

<sup>2</sup> F. SCHAUER, *Penser en juriste*, (trad.) S. Goltzberg, Dalloz, Rivages du droit, 2018, p. 7.

<sup>3</sup> F. SCHAUER, précité, p. 31.

<sup>4</sup> F. SCHAUER, précité, p. 156.

<sup>5</sup> F. SCHAUER, précité, p. 18.

<sup>6</sup> F. SCHAUER, précité, p. 44.

<sup>7</sup> F. SCHAUER, précité, p. 66.

réelle et avant tout de celle des juges<sup>8</sup>. La critique du formalisme du raisonnement juridique perd son sens si, précisément, le trait caractéristique du raisonnement juridique tient dans la forme. En évacuant cet aspect, on ne conserverait alors dans le droit que des éléments d'une autre nature, qu'ils soient sociaux, économiques, moraux ou politiques<sup>9</sup>.

Ainsi, en faisant abstraction de la forme, la critique réaliste fait en réalité abstraction du droit lui-même. En somme, il en irait de même en reprochant à un dessin de ne pas être la réalité. En effet, un dessin ne comporte que des contours et des formes et omet une foule de détails. Mais en refusant ce point, on s'interdit par là même de comprendre ce qui fait le propre d'un dessin ! Ces derniers sont en effet des simplifications du réel qui poursuivent non un but de représentation exacte de celui-ci mais de contemplation de ce dernier sous un angle formel<sup>10</sup>. Ce parallèle entre le savoir juridique et esthétique n'est pas de pure forme<sup>11</sup> ou plutôt, il l'est en tant que priorité accordée chaque fois à la forme qu'elle soit graphique (dans l'art) ou intellectuelle (dans le raisonnement).

**3. Quel objet pour la forme ?** – Pour éviter des excès et des confusions, il faut bien préciser quel aspect du raisonnement subit l'influence de la forme. Ainsi, en considérant par exemple que c'est le raisonnement lui-même qui est formalisé, on réduit le raisonnement juridique à un raisonnement logique, le plus souvent de forme syllogistique. La formalisation du raisonnement ne porte donc pas en droit sur ses processus (étude qui relève justement de la logique formelle) mais plutôt sur ses arguments. Autrement dit, les arguments possèdent un poids et une hiérarchie particulière en droit.

Alors que le raisonnement moral tend à faire prévaloir l'esprit sur la lettre<sup>12</sup> et qu'une lecture charitable donne la priorité à l'intention sur l'énoncé<sup>13</sup>, le droit inverse précisément ce rapport en accordant une priorité de la lettre sur l'esprit et un poids plus grand à l'explicite (le dit) plutôt à l'implicite (le non-dit). Dans

<sup>8</sup> C'est tout le courant du réalisme juridique qu'il faudrait citer. Voyez par exemple : K. LLEWELLYN, « The Constitution as an Institution », *Columbia Law Review* 1, 34, 1943, p. 7 ; F. S. COHEN, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *Columbia Law Review* 35, 1935, p. 809.

<sup>9</sup> Précisément sur ce débat : F. ROUVIÈRE, « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ? » *RTD civ.* 2018, p. 526.

<sup>10</sup> D'où le fameux aphorisme : « la carte n'est pas le territoire » : A. KORZYBSKI, *A Non-Aristotelian System and its Necessity for Rigour in Mathematics and Physics*, Paper presented before the American Mathematical Society at the New Orleans, Louisiana, Meeting of the A.A.A.S. December 28, 1931, p. 750 : « *A map is not the territory* ».

<sup>11</sup> F. COLONNA D'ISTRIA, « Contre le réalisme. Les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.* 2012, p. 4.

<sup>12</sup> F. ROUVIÈRE, « La distinction des normes juridiques et morales : un point de vue constructiviste », *Cahiers du droit* 2018, p. 261-283 ; « L'argument moral en droit », *RRJ : Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2017, p. 1931-1944

<sup>13</sup> W. V. O. QUINE, *Le mot et la chose*, Flammarion, 1977, p. 59-60.

l'explicite, on peut ranger tous les arguments tenant à la forme des textes : la façon dont ils ont été rédigés et leur source, identifiée selon un principe d'autorité. Dans l'implicite, on peut ranger les arguments de nature contextuelle ou conséquentialiste, ceux qui proposent d'analyser les contextes politiques et sociaux, les buts et finalités réellement poursuivis par les auteurs des règles<sup>14</sup>, les jeux de pouvoirs ou les réalités culturelles<sup>15</sup>; en bref, ce qui se passe « sous les textes ».

Ce qui nous semble être le trait caractéristique du droit est son rapport à l'implicite. Le raisonnement proprement juridique va consister à proposer une solution formelle au problème substantiel des lacunes. En effet, c'est un truisme juridique que de remarquer que le législateur ne peut pas tout prévoir. Aristote l'avait déjà énoncé en son temps.

En revanche, ce qui est moins trivial est que les lacunes ne soient pas considérées comme des vides à combler par un moyen politique (le pouvoir discrétionnaire) ou moral (les principes et valeurs) mais par un moyen formel. L'analyse formelle des lacunes consiste à considérer que les omissions textuelles sont purement apparentes alors même qu'elles sont bien réelles. Ainsi, combler une lacune va consister à expliciter ce qui est implicite, à ramener l'inconnu et le vide ou l'absence d'écrit au connu et au plein de la lettre. L'esprit d'un texte est compris en droit comme *un autre texte*, certes non-écrit mais virtuellement disponible pour l'analyse. Tout l'effort du raisonnement juridique va alors consister à rendre manifeste (donc à énoncer et formaliser) un texte qui est considéré comme étant déjà là. Il y a bien entendu ici une fiction manifeste mais qui n'est guère plus terrible que la fiction des mathématiques que Nietzsche a su pointer de façon éclatante<sup>16</sup>. En somme, il est assez classique d'admettre que le droit est un autre monde<sup>17</sup>.

L'enjeu d'une analyse seulement formelle de problèmes liés à la politique ou la morale tient alors dans la légitimité de la décision à intervenir. En considérant la possibilité d'un texte qui traite implicitement la question, le juge prolonge la lettre sans la modifier ni l'amender.

**4. Quel réalisme pour le formalisme ?** – On pourra répliquer au formalisme et à l'analyse formelle qu'elle ne décrit pas correctement les rapports de pouvoirs réels et que l'idéologie politique des juges a sans doute bien plus d'influence sur la décision que les considérations formelles.

<sup>14</sup> Au prix parfois d'une « fétichisation de la société » : V. VALVERDE, *Law's dream of a common knowledge*, Princeton University Press, 2003, p. 10.

<sup>15</sup> P. LEGRAND, « European Legal Systems Are Not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 1, janv. 1996, p. 62.

<sup>16</sup> F. NIETZSCHE, *Humain trop humain*, I, Gallimard, Folio essais, 1988, p. 38 : les « mathématiques (...) ne se seraient certainement pas constituées, si l'on avait su d'emblée qu'il n'y a dans la nature ni ligne exactement droite, ni cercle véritable, ni mesure de grandeur absolue ».

<sup>17</sup> M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête* 1999, n° 7, p. 17-37.

Cependant, il n'est pas nécessaire de soutenir que les règles causent les décisions. Elles les justifient seulement. L'invention des raisons se fait toujours *a posteriori*. Le droit est un exercice de justification visant à s'assurer que l'exercice de la volonté par le juge est justifié par de bonnes raisons. Autrement dit, le raisonnement juridique n'a pas une fonction de description ou de représentation du raisonnement psychologiquement mené. C'est en partant du présupposé que le raisonnement juridique n'est pas conforme au réel politique ou psychologique qu'il devient aisé de le dénoncer comme formel au sens d'irréaliste.

Mais si la théorie du raisonnement juridique n'est pas descriptive, à quelle vérité peut-elle alors prétendre? Ne verse-t-elle pas dans la pure spéculation théorique? En réalité, la théorie du raisonnement juridique ne décrit pas la pratique sociale du droit (il faudrait plutôt une sociologie, voire une sociologie de la connaissance) mais la pratique de l'argumentation ce qui est bien différent. Cela suppose bien entendu d'inscrire le droit dans le modèle de l'argumentation. Cette prémisses théorique s'évince non seulement des travaux que Chaïm Perelman a mené au xx<sup>e</sup> siècle<sup>18</sup> mais plus encore du fait que les juristes passent leur temps à justifier leurs propositions. La pratique de l'argumentation est un fait qu'il s'agit de décrire à partir de catégories juridiques appropriées. Bref, ce sont bien les règles d'usage du discours juridique que nous voudrions mettre à jour. À la façon de Wittgenstein<sup>19</sup>, nous souhaiterions tracer les limites du droit à l'intérieur de son propre cercle. L'intérêt de procéder d'une telle façon est de comprendre quand le droit s'évade en dehors de son propre domaine, autrement dit à partir de quelle limite il s'évade dans des raisonnements éthiques ou politiques.

Dans cette voie, l'essence formelle du raisonnement juridique se manifeste par trois grands traits. Le premier est la supériorité de la lettre sur l'esprit qui pousse à une neutralisation du contexte politique. Sa manifestation la plus évidente tient dans le poids de la lettre et des précédents qui conduisent les juristes à élaborer une casuistique (I). Le deuxième trait remarquable tient à la place de l'argument d'autorité. Les sources du droit sont reconnues comme prépondérantes même si, dans l'absolu, elles ne sont pas les meilleures (II). Le troisième et dernier trait consiste dans le traitement des lacunes comme une lettre implicite qu'il convient de révéler: l'esprit prolonge la lettre, l'implicite est rendu explicite (III).

<sup>18</sup> Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, 6<sup>e</sup> éd. 2008; Ch. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1999.

<sup>19</sup> L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Gallimard, 1961, p. 25.

## I. La casuistique : le poids de la lettre

### A. Le concept de casuistique

**5. Quelle casuistique?** – Le terme de casuistique est piégé en raison du fait qu'il est devenu une catégorie infâmante. Il est encore ambigu car il peut renvoyer à plusieurs réalités distinctes.

D'abord, la casuistique renvoie à une période dans l'histoire des religions comme tentative de penser les problèmes éthiques selon une certaine méthode<sup>20</sup>. En droit, la casuistique renvoie historiquement à une méthode d'enseignement (la méthode des cas) que le doyen Langedel a installée à la *Harvard Law School* en 1871<sup>21</sup> héritière d'une longue tradition<sup>22</sup>.

Ensuite, la casuistique est une méthode d'interprétation qui consiste à discerner les cas convenables pour l'application de la règle, en affinant sans cesse les qualifications juridiques. Dans cette voie, elle correspond à une méthode qui, depuis le XI<sup>e</sup> siècle, consiste en droit à harmoniser les textes contradictoires en distinguant les cas auxquels chacun d'eux renvoie. À l'exception de l'humanisme juridique, les juristes ont toujours raisonné selon ce principe directeur<sup>23</sup>.

Enfin, la casuistique est un concept théorique complexe<sup>24</sup>. Il peut signifier le raisonnement à partir de cas (casuistique de formulation), au cas par cas (casuistique de conception) voire sur des cas (casuistique de méthode<sup>25</sup>). Pour résumer, le point commun à toutes les approches casuistiques est le fait de raisonner sur des cas. Les cas peuvent être définis comme des situations de faits stylisées, c'est-à-dire dont la complexité a été évacuée. De ce point de vue, même une définition générale et abstraite (comme une infraction) délimite et fixe les cas possibles qui entrent dans son extension par une série de conditions nécessaires et suffisantes.

En tant que concept théorique, la casuistique accorde ainsi un primat à la formulation du cas, à la façon dont il est construit et énoncé. En d'autres termes, le poids de la lettre est particulièrement important.

---

<sup>20</sup> P. HURTEBISE, *La casuistique dans tous ses états: de Martin Azpilcueta à Alphonse de Liguori*, Novalis Canada, 2006.

<sup>21</sup> C. C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, 1871; G. LANGROD, « La méthode des cas et la science administrative américaine », *Revue française de science politique*, n° 4, 1953, p. 832.

<sup>22</sup> F. TREGGIARI « Quelle casuistique? La méthode des cas dans l'histoire de l'enseignement juridique », *Historia et ius* 2017, p. 1, consulté le 7 février 2019: [http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/treggiari\\_11.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/treggiari_11.pdf)

<sup>23</sup> J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit privé*, Précis Dalloz, 2002, p. 3.

<sup>24</sup> F. ROUVIÈRE, « Apologie de la casuistique », *D.* 2017, p. 118-123.

<sup>25</sup> F. ROUVIÈRE, « La méthode casuistique: l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ: Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2018, p. 1981-1995.

## B. Le poids de la lettre

6. **La lettre comme forme** – À moins de raisonner sur la base d'un droit purement oral, la formulation du cas, son énonciation, est ce qui le délimite en tant que tel. Et même en raisonnant sur la base d'un droit oral, ce qui est dit (et gardé en mémoire comme tel par les témoins de ce « dire ») fait foi jusqu'à preuve contraire. En d'autres termes, la forme même de l'énonciation importe particulièrement. En effet, la volonté de traiter les cas semblables de façon identique qui est au cœur de la démarche casuistique implique de comparer les cas admis avec le cas à traiter<sup>26</sup>. Dans cette voie, l'existence même d'un précédent agit comme un argument puissant pour appliquer, dans un cas similaire, une solution semblable voire identique.

Ce qui pourrait passer pour une banalité est en réalité un trait caractéristique du raisonnement juridique: la forme même de l'énonciation joue un rôle déterminant dans l'argumentation. Le cas est d'abord considéré en lui-même et pour lui-même, dans sa formulation. Sa seule *mise en forme* permet de le traiter selon sa forme. Pour le dire autrement, ce ne sont pas les buts et les finalités de la solution du cas qui sont scrutés mais bien le cas lui-même, dans la présentation même qui en a été faite. Tout ce qui est implicite doit être explicité par une démarche propre (v. plus bas III).

Ainsi, de façon contre-intuitive, en droit la lettre prime l'esprit. En éthique, c'est souvent l'inverse car l'intention et les buts sont prépondérants. En morale, l'esprit passe pour plus important que la lettre. Seule une éthique pensée dans les catégories du droit ferait prévaloir la forme sur l'intention. Par exemple, une personne ayant fait vœu de célibat pourrait arguer qu'elle peut avoir des relations sexuelles car elle n'a pas *formellement* fait un vœu de chasteté même si, *dans l'esprit*, le célibat paraît impliquer la chasteté.

7. **Le poids de la forme** – Les conséquences du poids de la lettre (qui est en définitive poids de la forme) se retrouvent dans l'idée de sécurité juridique. Un droit prévisible implique un droit qui se fonde sur des éléments invariants et tangibles afin de pouvoir anticiper la façon dont les solutions seront déterminées. La cohérence dans le traitement des cas est particulièrement renforcée en choisissant d'écrire le roman du droit à partir de sa lettre. L'enjeu est bien évidemment le pouvoir de l'organe d'application. Au plus les cas sont explicites, nombreux et formulés, au plus il pèse sur l'organe d'application un grand nombre de contraintes.

À cet égard, il ne faudrait pas exagérer la place du revirement de jurisprudence ou du pouvoir discrétionnaire. Ces réalités existent mais demeurent statistiquement marginales. On dénombre en droit plus d'applications conformes par les juridic-

<sup>26</sup> F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique: un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique* 2012, p. 98; « le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n° 8, p. 286-288.

tions du fond de la jurisprudence des juridictions suprêmes que de violations<sup>27</sup>. De la même façon, même les cours suprêmes et souveraines ont la volonté d'inscrire leurs solutions dans la continuité de leurs propres références. Si les revirements forment des hypothèses intéressantes pour l'analyse, il ne faudrait pas considérer le phénomène jurisprudentiel, et plus encore le contentieux, par le petit bout de la lorgnette. La casuistique et le respect de la lettre de la loi comme de la lettre des arrêts assure une remarquable homogénéité et uniformisation des solutions dans l'espace (sur un territoire considéré) et dans le temps (en raison de la stabilité).

Enfin, une autre conséquence du poids de la forme est que la lettre du texte a vocation à s'appliquer en priorité. Un délai de prescription ou de procédure vaut en lui-même et pour lui-même, indépendamment des buts ou des finalités politiques ou éthiques qu'il poursuit. Le juge doit l'appliquer formellement pour garantir l'égalité devant la loi. C'est bien d'ailleurs pour cette raison qu'il existe une procédure de façon générale: la forme est la sœur jumelle de la liberté<sup>28</sup>, elle garantit contre l'arbitraire d'un juge qui déciderait sans critère d'entendre certaines causes et d'en refuser d'autres. L'autorité du juge n'est pas un autoritarisme car l'autorité se comprend sous l'angle du savoir (raisonnement et argumentation) et non sous l'angle du pouvoir.

## II. La centralité de l'autorité: les sources du droit

### A. L'autorité, source et fondement

**8. L'autorité, priorité à la source** – L'argument d'autorité, comme la casuistique, n'a pas bonne presse. Il renvoie aux débats jugés poussiéreux de la scolastique; la pensée philosophique moderne initiée par Descartes l'a récusé<sup>29</sup>. La particularité de l'argument d'autorité tient à un principe formel: c'est la prépondérance accordée à la source sur le contenu ou, plus généralement, l'identification d'un énoncé par sa source indépendamment de son contenu.

L'élément formel présent dans l'argument d'autorité explique la prépondérance de l'idée de sources du droit. Les sources indiquent les prémisses sur lesquelles l'argumentation peut se fonder sans avoir à établir au préalable la légitimité des prémisses<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> En 2019, parmi les pourvois soutenus (hors déchéances), il y a environ 1 cassation pour 3 rejets. Site de la Cour de cassation consulté le 4 mai 2020. [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/activite\\_chiffres\\_58/statistiques\\_2019\\_44208.html](https://www.courdecassation.fr/institution_1/activite_chiffres_58/statistiques_2019_44208.html).

<sup>28</sup> R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (trad.) O. de Meulenaere, t. III, Paris, Marescq, 2<sup>e</sup> éd., 1877, p. 158.

<sup>29</sup> C'est la récusation des enseignements reçus dans la première méditation des Méditations métaphysiques de Descartes (1641)

<sup>30</sup> S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, PUF, Que sais-je?, 2016, p. 11.

Cette réalité est tellement évidente dans la pratique du droit qu'elle est même inconsciente. Sa théorisation explicite n'a, à notre connaissance, jamais été menée en profondeur. Or, à la différence de la scolastique où l'argument d'autorité renvoyait aux auteurs<sup>31</sup>, l'autorité juridique est conçue de façon organique et politique. Ce sont les producteurs de droit qui se voient ensuite soumis à leur propre autorité. Les juges suprêmes sont censés respecter leur propre jurisprudence, et l'Administration dans un État de droit est soumise au respect des règles qu'elle a édictées.

Le formalisme n'est donc pas ici un moyen seulement technique pour identifier qui sont les producteurs de normes. Il est un élément épistémologique qui désigne les autorités reconnues, celles qui fournissent les prémisses reconnues comme valables pour trancher un litige.

**9. L'autorité, principe de l'argumentation juridique** – Tous les arguments en droit sont des arguments d'autorité au sens où la légitimité du contenu des règles n'est pas discutée. Les règles ont vocation à s'appliquer et non à être remises en cause. On opposera certes qu'il est possible de contester la loi au nom des libertés fondamentales ou d'un principe reconnu comme ayant valeur constitutionnelle. Mais cette objection se place encore dans l'orbite de l'argument d'autorité puisqu'il s'agit d'affirmer que certains textes ont une autorité supérieure à d'autres. Bref, le problème des valeurs en droit se règle encore de façon juridique notamment en invoquant les droits de l'homme.

S'il appartient bien au débat politique et éthique de fixer et de négocier les normes acceptables pour une société, une fois cette négociation couchée sur le papier, elle acquiert un statut d'autorité. Cela signifie que les arguments vont se développer à partir des textes et non de façon à reposer sans cesse la question qui a motivé originellement l'adoption du texte.

L'argument d'autorité se présente alors comme un corollaire de la primauté de l'écrit et du précédent compris non de façon étroite comme respect de la jurisprudence mais de façon plus large comme respect d'une décision antérieure qu'elle émane du législateur, du juge ou d'un autre organe habilité. L'idée même de jurisprudence repose également sur cette idée qui se traduit par la hiérarchie institutionnelle des tribunaux et des cours.

---

<sup>31</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, LGDJ 2015, p. 198.

## B. Fonctions et formes de l'argument d'autorité

**10. Fonctions de l'argument d'autorité** – Le recours à l'argument d'autorité a pour fonction d'obtenir l'adhésion de l'auditoire aux propositions avancées<sup>32</sup> puisque tous les juristes, par hypothèse, partagent une même conception des sources du droit. De cette façon, l'argument d'autorité a encore comme fonction d'apporter la preuve d'un énoncé juridique, non seulement parce qu'il existe mais parce qu'on peut en déduire un certain nombre de conséquences pour le cas qui est analysé. Il s'agit toujours en définitive de faire accepter une proposition au sein de la communauté des juristes.

**11. L'autorité doctrinale** – Comme Philippe Jestaz et Christophe Jamin l'ont parfaitement montré, l'autorité doctrinale repose aussi sur les titres et fonctions au sein de la communauté universitaire ce qui différencie l'autorité des individus de l'autorité du corps doctrinal<sup>33</sup>. Le professeur, et plus spécialement le professeur agrégé, tient ainsi un rang particulier<sup>34</sup> dans la fonction d'opinion qu'il occupe. Ici on entend souligner qu'alors même que la doctrine n'est pas une source du droit au sens reçu du terme, les arguments subissent encore l'effet du principe formel de l'autorité.

Ceci montre bien que la théorie des sources du droit n'est que l'illustration d'un principe plus large: en réalité elle organise une hiérarchie entre les prémisses de l'argumentation. Cette hiérarchie est obtenue par un classement strictement organique des producteurs des énoncés juridiques. Ce classement organique est bien une expression de l'importance accordée à la forme sur le contenu des énoncés.

**12. L'autorité textuelle** – L'argument d'autorité est en définitive très proche d'une forme d'argumentation dogmatique<sup>35</sup> où le texte, parce qu'il est qualifié de sacré, ne peut être renversé ou remis en cause. En définitive, il ne peut être qu'interprété.

C'est exactement ce mouvement que l'on constate en droit puisque les énoncés émanant des sources du droit sont interprétés pour être utilisés dans une argumentation. Leur autorité sera critiquée par d'autres énoncés ayant eux-mêmes au moins une autorité équivalente: la jurisprudence servira à réfuter la jurisprudence, deux textes légaux seront conciliés en faisant partiellement prévaloir l'un sur l'autre et ainsi de suite. Ce phénomène se prolonge de façon propre dans la question des lacunes.

<sup>32</sup> Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Éditions Université de Bruxelles, 6<sup>e</sup> éd., 2008, p. 420-421.

<sup>33</sup> Ch. ATIAS, « Debout les ouvriers du droit! Autorité et poids de la doctrine », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 361.

<sup>34</sup> Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz 2004, p. 194-196.

<sup>35</sup> T. GIARO, « L'argumentation dogmatique et l'argumentation scientifique », *Rechtshistorisches Journal* 1994, n° 13, p. 272-273.

### III. La lettre implicite : le comblement des lacunes

#### A. *Vides, lacunes, inédit*

**13. Vides et lacunes** – Le problème des vides juridiques ou des lacunes est récurrent dans la théorie du droit. Schématiquement, les auteurs sont néanmoins d'accord sur un point essentiel quelle que soit leur modèle théorique : les lacunes ne seraient qu'une qualification stratégique visant à écarter ou évincer l'application d'un texte<sup>36</sup>.

C'est la position par exemple de Kelsen selon laquelle il existe toujours une norme suffisamment générale pour donner une solution, fût-elle le rejet de la demande en l'absence de toute norme. Hart, propose une solution fondée sur une alternative : soit la règle peut s'appliquer soit le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire<sup>37</sup>. La solution aux lacunes est ainsi politique et réside dans le pouvoir du juge : on retrouve alors la solution d'Aristote<sup>38</sup> qui invite à raisonner comme si l'on était le législateur, solution que François Gény a reprise également comme telle<sup>39</sup>. L'article 4 du Code civil qui interdit le déni de justice tranche dans le même sens ; l'article 1<sup>er</sup> du Code civil Suisse est encore plus net dans sa formulation. À cet égard, Dworkin résout la difficulté en partant du point de vue inverse : le droit est une chaîne narrative<sup>40</sup> ; il se complète par une interprétation fondée sur les principes moraux et politiques sous-jacents à l'ordre juridique.

Cependant, la question n'est pas de savoir s'il existe des vides juridiques au sens où le législateur a tout prévu. Il est évident que tous les cas que les tribunaux doivent trancher ne font pas l'objet d'une législation de détail qui les prévoit formellement. Le vrai problème est de savoir quelle solution doit être apportée aux lacunes : faut-il les combler par l'exercice d'un pouvoir ou bien par l'usage de principes ? La stratégie proposée par les juristes échappe en partie à cette distinction théorique. En effet, les lacunes des textes font l'objet d'un traitement formel. Qu'est-ce à dire ? Au lieu de traiter le vide juridique ou la lacune comme une question de fond appelant une solution de fond, le raisonnement juridique va procéder comme si les lacunes étaient purement

<sup>36</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962, p. 330 ; Ch. PERELMAN « Le problème des lacunes en droit », *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 537-552.

<sup>37</sup> H. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 154.

<sup>38</sup> *Éthique à Nicomaque*, V, 14

<sup>39</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDG 1919, tome 2, n° 156, p. 77 : « aussi n'hésiterais-je point, dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles, à indiquer, comme ligne générale de direction pour le Juge, celle-ci : qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées qui seraient celles du législateur, s'il se proposait de régler la question ».

<sup>40</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, Recherches politiques, 1994, p. 251-252.

formelles c'est-à-dire purement apparentes. Autrement dit, il s'agit en droit de raisonner comme si la solution aux lacunes existait déjà de façon implicite dans les textes. Littéralement, l'implicite est ce qui est impliqué par d'autres énoncés : il s'agit des présupposés des textes, à savoir les catégories latentes qu'ils supposent pour pouvoir être articulés entre eux de façon cohérente.

Considéré d'un point de vue politique, cette façon de faire apparaît comme une fiction puisqu'il s'agit de nier la réalité d'un vide juridique en raisonnant comme si le droit était complet. Pour autant, cet artifice résulte de l'aspect constructif du droit : la cohérence n'est pas donnée mais construite, les théories juridiques sont un produit de l'intelligence humaine<sup>41</sup> et n'existent pas à l'état naturel dans les textes. Elles ne se constatent pas, elles s'élaborent. En somme, la profondeur du droit consiste ici à s'en tenir à la forme, à *formaliser* la difficulté pour pouvoir la résoudre.

À cet égard, le choix de la terminologie est souvent révélateur : parler de vide juridique laisse entendre que le législateur (ou un organe assimilé) doit intervenir pour le combler. Parler de lacune laisse entendre que la définition est avant tout formelle : les textes ne disent rien mais leur non-dit devra être révélé pour résoudre le problème.

**14. L'inédit** – Une formulation plus neutre du problème des lacunes serait de le présenter comme le problème de l'inédit. Le droit apparaît alors comme une vaste entreprise argumentative visant à « redire l'inédit »<sup>42</sup> au sens où les cas qui ne sont pas formellement prévus par un texte (loi ou jurisprudence) le sont toujours implicitement. Pour le dire autrement : *tout n'est pas prévu, mais on peut tout prévoir*. L'implicite peut être objectivé en raison de la généralité sous-jacente des énoncés. La gestion des cas inédits devient alors une question de cohérence au regard des énoncés déjà admis. En d'autres termes, il s'agit de construire de nouveaux énoncés en explicitant l'implicite.

---

<sup>41</sup> G. TEUBNER, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47<sup>e</sup> année, n° 6, 1992, p. 1149-1169 ; V. VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », P. Amsselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Léviathan, 1994, p. 281-291 ; M. XIFARAS, « *La veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits* 2008, p. 77-147 ; R. LIBCHABER, « Le juriste et ses objets », *Enquêtes* 1998, p. 251-260 Sur la distinction du donné et du construit : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*. Tome II. *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1915, p. 369-389 ; Science et technique en droit privé positif. Tome IV. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif, Sirey, 1924, p. 31-34 ; F. ROUVIÈRE, « La distinction des normes juridiques et morales : un point de vue constructiviste », *Cahiers du droit* 2018, p. 261-283.

<sup>42</sup> Ch. ATIAS « *Jurisdictio* : redire l'inédit », *D.* 1992, p. 281-284

## **B. Rendre explicite par construction**

**15. Révéler l'implicite par l'argumentation** – L'argumentation juridique affirme alors ici une compréhension propre de l'opposition entre la lettre et l'esprit. L'esprit n'est pas considéré comme une signification qui s'opposerait éventuellement à la lettre (jouant le rôle d'une exception) mais comme son prolongement, à savoir comme texte implicite.

Il est particulièrement notable que les procédés habituels d'extension des textes comme l'analogie, l'argumentation à plus forte raison ou l'argument *a contrario* sont utilisés en droit comme des moyens de compléter la lettre en révélant les cas qu'elle contient virtuellement c'est-à-dire à titre de potentialité non exprimée. La complétude est obtenue par extension et l'harmonie est réalisée par la distinction des cas lorsque deux textes paraissent avoir le même champ d'application.

Le trait le plus remarquable (et le moins bien compris de l'argumentation juridique) se situe dans la construction de théories générales visant exprimer une clôture logique des cas d'applications du droit (en affirmant l'existence d'une complétude implicite) et une harmonisation des conflits entre les textes par une systématisation reposant sur le principe de non-contradiction.

En effet, une théorie générale est une mise en système des catégories juridiques: il s'agit d'élaborer des catégories générales qui incluent les catégories légales (la fameuse nature juridique) et de réitérer le procédé pour obtenir des classifications plus vastes qui formeront alors une théorisation de tout un pan du droit. Les contradictions éventuelles devront être gérées en définissant les liens qui peuvent unir les catégories. L'articulation la plus manifeste est celle du droit commun et du droit spécial qui reprend la distinction du genre (droit commun) et de l'espèce (droit spécial) en énonçant la hiérarchisation des catégories.

Lorsque les procédés logiques paraissent impuissants à obtenir le résultat souhaité, il sera possible de recourir à des fictions, ultime aveu de la faiblesse de la construction théorique et de la visibilité de considérations politiques dans l'édifice logique et systématique.

**16. Artifices** – Ces procédés paraîtront totalement artificiels et, autant le dire sans fard, ils le sont. Mais c'est bien là que s'affirme la spécificité du droit<sup>43</sup>. S'il fallait renvoyer au législateur le soin de trancher les cas non prévus, il serait de fait le juge permanent de tous les cas difficiles. C'est bien pour éviter cet étranglement que le référé législatif a été supprimé<sup>44</sup>: il n'était pas concevable en pratique que le

<sup>43</sup> Y. THOMAS, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 175-176, 2005, p. 113-130.

<sup>44</sup> Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Série droit privé, PUF, 1965.

législateur soit l'interprète de sa propre volonté. Aussi, la conception formelle de l'intention du législateur est de considérer que ce qu'il a écrit est ce qu'il a voulu dire et qu'il n'y a pas d'intention plus profonde à découvrir (même si elle existe). Bien entendu, c'est un artifice que les juristes assument depuis le droit romain. Cet artifice repose sur l'idée que le droit est une sphère autonome de pensée et d'argumentation en tension constante avec le politique mais sans s'y réduire<sup>45</sup>.

C'est bien pour cette raison que les critiques réalistes de tout poil sonnent de façon étrange aux oreilles des juristes. Il a fallu des siècles pour que s'affirme la spécificité du droit au regard de la politique; or la critique réaliste dénonce cet acquis historique comme une illusion centrée sur l'obsession de la forme. Ce n'est pas parce que les constructions juridiques sont artificielles qu'elles sont artificieuses. Nous pouvons alors conclure sur le raisonnement juridique comme Paul Valéry à propos de la philosophie: au fond, tout est une question de forme<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en occident*, Belin, 2008, p. 14.

<sup>46</sup> P. VALÉRY, *Cahiers I & II*, Gallimard, Pléiade, 2 volumes, 1973 et 1974: « Au fond, toute philosophie est une affaire de forme » (*Cahiers I*, p. 484); « Il est remarquable que les mathématiques ont de commun avec la poésie et la musique que chez elles – le fond devient l'acte de la forme. La "vérité" dépend de Conditions formelles » (*Cahiers II*, p. 1119).

*TABLES GÉNÉRALES DE L'ANNÉE 2019*



## TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

---

RRJ 2019-1

Boris BARRAUD, <b>Le « bon juriste » : bon technicien ? bon tacticien ? ...</b>	13
Christophe PERRIN, <b>La place de l'autre.....</b>	25
Patrice S. A. BADJI, <b>Le recours à l'arbitrage religieux pour le règlement des conflits au Sénégal : mythe ou réalité ?.....</b>	39
Julien LAGOUTTE, <b>La délicate rencontre des violences obstétricales et gynécologiques ordinaires et du droit</b> <i>L'exemple du droit privé de la responsabilité .....</i>	67
David NOGUÉRO, <b>Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels .....</b>	111
Delphine THOMAS-TAILLANDIER, <b>Étude sur la spécialisation du droit pénal de fond</b> <i>À l'aune de la lutte contre le terrorisme, principal facteur de mutation de la matière pénale.....</i>	201
Anne MARMISSE – d'ABBADIE d'ARRAST, <b>L'encadrement de fin de vie : du droit compare au droit interne .....</b>	217
Harold Kobina GABA, <b>La médiation des litiges de consommation entre professionnels et consommateurs</b> <i>De la généralisation à la qualité et à l'évaluation.....</i>	233
Romain BONY-CISTERNES, <b>Le régime juridique des propriétés publiques : « moins régaliens et plus économiques » ?.....</b>	255
Stéphane CARRÉ, <b>Bouleversements dans le transport particulier de personnes</b> <i>La profession de taxi en butte aux failles juridiques et aux ruptures technologiques.....</i>	287
Ahmed SLIMANI, <b>La Cour administrative d'appel de Marseille : création et évolution (1997-2007) .....</b>	307
Olivier FANDJIP, <b>Les autorisations d'urbanisme de radiotéléphonie en droit français : une négation des dangers sanitaires ? .....</b>	335
Aimé Ange Wilfrid BININGA, <b>Les procédures d'urgence devant le juge de l'excès de pouvoir en Afrique noire francophone .....</b>	349
Norbert ROULAND, <b>La présence et la politique russes dans l'Arctique.....</b>	387
Mamoud ZANI, <b>L'institutionnel et le normatif à l'Organisation internationale du Travail</b> <i>Observations sur la production et la codification des normes internationales du travail.....</i>	395

<b>Yannick Serge NKOULOU, Les transformations de l'administration de la preuve civile</b> <i>Réflexion à partir de l'article 28 de la loi-cadre portant protection du consommateur au Cameroun</i> .....	419
<b>Bourges MBA NDONG, Réflexions sur la problématique de l'extension de la sécurité sociale aux travailleurs de l'économie informelle dans l'espace OHADA</b> .....	461

## RRJ 2019-2

<b>Martin EMANE MEYO, Fondement de la popularisation et imperfection sémantique de la notion de « norme »</b> <i>Pour une explication de l'instabilité sémantique de la notion de norme en droit fondamental</i> .....	489
<b>Antoine LECA, « Souviens-toi d'oublier »</b> <i>Réponse à un article récent du Pr. G. Otis sur la théorie du « titre ancestral » kanak hors des terres coutumières de la Nouvelle-Calédonie</i> .....	497
<b>Christian BYK, L'objectif de clarté rédactionnelle en droit</b> .....	515
<b>Pierre NOUAL, Le tirage au sort, chimère ou réalité ?</b> .....	529
<b>Norbert ROULAND, L'empire du mal</b> .....	545
<b>Harold Kobina GABA, L'évaluation des activités et de la qualité des pratiques professionnelles dans le cadre de l'action sociale et médico-sociale : enjeux, objet, acteurs, critères et limites</b> .....	555
<b>Pierre BORDAIS, Analyse juridique et économique du caractère monétaire des cryptomonnaies</b> <i>Contribution à la réflexion sur les définitions de la monnaie</i> .....	579
<b>Sandrine DRAPIER, À la recherche du trésor disparu</b> <i>Réflexions sur l'article 716 du Code civil</i> .....	615
<b>Hervé ARBOUSSET, L'indemnisation des victimes des essais nucléaires français : derniers développements (vraiment ?)</b> .....	637
<b>Sandrine PERERA, L'exequatur des sentences arbitrales devant le juge administratif</b> .....	653
<b>Alexandre MANGIAVILLANO, Les facultés contributives ou les lueurs de la liberté</b> <i>1. La possession d'un état</i> .....	689
<b>Olivier FANDJIP, La régularisation des recours introduits en l'absence d'une décision préalable et l'avis du conseil d'état du 27 mars 2019</b> .....	725

André ORAISON, <b>Le Royaume-Uni sévèrement condamné par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des îles Chagos</b> <i>Avis consultatif du 25 février 2019.</i> <i>Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965</i> .....	735
Marcel SINKONDO, <b>Pas un <i>imperium</i> hégémonique mais un principe régulateur de l'application de la loi pénale : la souveraineté pénale en droit international</b> .....	785
Serge François SOBZE, <b>La suppléance du président de la république en Afrique francophone</b> .....	849

### RRJ 2019-3

Norbert ROULAND, <b>Le réchauffement climatique dans l'Arctique (Russie et Groenland) et les peuples autochtones</b> .....	899
Élisabeth ROUSSEAU, <b>La réserve héréditaire</b> <i>Réflexions sur l'autorité d'une institution du droit français</i> .....	923
Nicolas ANCIAUX, <b>Dignité et contrat</b> <i>Essai sur un double renouvellement à la lumière du contrat médical</i> .....	949
Henri CONTE, <b>Réflexions sur l'obligation <i>in solidum</i> et son corollaire : l'indivisibilité du dommage</b> .....	975
Kouroch BELLIS, <b>Du refus administratif de déduction de l'assiette de l'impôt sur le revenu des obligations alimentaires naturelles, ou pour l'organisation d'un appui scientifique à la décision politique</b> <i>Autour de l'article 156, II, 2° CGI</i> .....	993
Antoine MANIATIS, <b>Aspects de la protection du patrimoine culturel</b> .....	1041
Harold Kobina GABA, <b>Les intérêts général, collectif et individuel</b> <i>Coexistence, opposition formelle, dynamique interne, interaction, interdépendance et complémentarité</i> .....	1055
Franck LAFFAILLE, <b>L'anarchisme constitutionnel de Lysander Spooner</b> .....	1121
Robert NEMEDEU, <b>Le service de l'exécution des décisions judiciaires et actes publics en matière non répressive au Cameroun</b> .....	1161
Laurent SERMET, <b>Des 70 ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme</b> <i>Propos introductifs</i> .....	1197
Florence FABERON, <b>Pour vivre ensemble : construire une société inclusive</b> .....	1209

Christian HUGLO, <b>Humanisme et écologie : par-delà la Déclaration universelle des droits de l'Homme</b> .....	1221
Corinne LEPAGE, <b>Écrire la Déclaration universelle des droits de l'humanité</b> .....	1229
† Stéphane DOUMBÉ-BILLÉ, <b>La formalisation en question : des principes aux droits</b>	
<i>À propos du « projet de Pacte mondial pour l'environnement »</i> .....	1237
Zalmai HAQUANI, <b>Les droits humains dans les pays post-conflits : l'exemple afghan</b> .....	1253
Arnaud LAMI, <b>La Déclaration universelle des droits de l'homme à l'épreuve des pratiques démocratiques en émergence</b> .....	1261
Laurence POTVIN-SOLIS, <b>Un monde en partage : des migrations et de leurs droits</b> .....	1271
Guyène NICOLAS, <b>La protection de la santé par la déclaration universelle des droits de l'homme : droit d'hier devenu devoir de demain ?</b> .....	1293
Jean-Claude RICCI, <b>Conclusion générale</b> .....	1311

#### RRJ 2019-4

Julien LAGOUTTE, <b>La protection des personnes intersexuées : étude de droit privé</b> .....	1333
Victor DESCHAMPS, <b>La déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille</b> .....	1381
Serge Patrick LEVOA AWONA, <b>Qualité et pouvoir à agir dans le procès civil</b> .....	1399
Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA, <b>Droit pénal et droit de la criminalité transnationale organisée</b>	
<i>Plaidoyer pour l'émergence d'un droit pénal souple</i> .....	1417
Anthony TARDIF, <b>L'abandon d'un bien</b> .....	1443
Kouroch BELLIS, <b>Des exceptions opposables par la caution au créancier</b>	
<i>Proposition d'explication et de disposition fondées sur la valeur civile du cautionnement de l'obligation naturelle</i> .....	1461
Norbert ROULAND, <b>La Crimée et la paix froide</b> .....	1489
Aline TREILLARD, <b>Les traits d'union et de désunion entre droit souple public et démocratie administrative</b> .....	1495

Stéphanie PARASSOURAMANAÏK, « <b>Gratuité</b> » ou « <b>modicité</b> » <i>La fin des droits d'inscription comme source éventuelle de financement dans l'enseignement supérieur</i> .....	1515
Patrick MOZOL, <b>Quels changements pour l'organisation des communes nouvelles au lendemain de la loi n° 2019-809 du 1<sup>er</sup> août 2019 ?</b> .....	1521
Jil-Benoît K. AFANGBEDJI, <b>La Cour de Justice de la communauté- CEDEAO : forces et faiblesses</b> .....	1559
Aliou SADJO, <b>La protection du droit a la présomption d'innocence du mineur délinquant dans la phase préliminaire du procès pénal au Cameroun</b> .....	1577
Dominique Junior ZAMBO ZAMBO, <b>Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA</b> .....	1599
George KELESE NSHOM, <b>The OHADA Law and the Promotion of Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs) in Cameroon</b> .....	1639
Isidore Léopold MIENDJIEM, <b>Arbitrabilité et contentieux des droits de propriété intellectuelle en droits OAPI et OHADA</b> .....	1665
Mamoud ZANI, <b>L'instance judiciaire de l'Union du Maghreb Arabe (UMA)</b> .....	1701

### RRJ 2019-5

Frédéric ROUVIÈRE, <b>Avant-Propos</b> .....	1745
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, <b>L'idée de formalisme dans la pensée juridique française du xx<sup>e</sup> siècle</b> .....	1753
Sébastien PIMONT, <b>Enseigner un formalisme inquiet</b> <i>Remarques sur la place du formalisme dans l'enseignement du droit</i> .....	1769
Stefan GOLTZBERG, <b>Les racines théologiques de l'antiformalisme en droit</b> .....	1779
Marie CABANTOUS, <b>Le formalisme russe : littérarité et juridicité</b> .....	1795
François-Xavier LICARI, <b>Le formalisme juridique comme science du matériau juridique pur</b> .....	1817
Jean-Yves CHÉROT, <b>Le vague résiste-t-il au formel ?</b> .....	1861
Olivier THOLOZAN, <b>Formalisme et naturalisme dans le jusnaturalisme procédural de Lon Fuller</b> .....	1891
Frédéric ROUVIÈRE, <b>Le formalisme comme essence du raisonnement juridique</b> .....	1905



## TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

---

AFANGBEDJI Jil-Benoît K., 1559

ANCLIAUX Nicolas, 949

ARBOUSSET Hervé, 637

BADJI Patrice S. A., 39

BARRAUD Boris, 13

BELLIS Kouroch, 993, 1461

BININGA Aimé Ange Wilfrid, 349

BONY-CISTERNES Romain, 255

BORDAIS Pierre, 579

BYK Christian, 515

CABANTOUS Marie, 1795

CARRÉ Stéphane, 287

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, 1753

CHÉROT Jean-Yves, 1861

CONTE Henri, 975

DESCHAMPS Victor, 1381

DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, 1237

DRAPIER Sandrine, 615

EMANE MEYO Martin, 489

FABERON Florence, 1209

FANDJIP Olivier, 335, 725

GABA Harold Kobina, 233, 555, 1055

GOLTZBERG Stefan, 1779

HAQUANI Zalmi, 1253

HUGLO Christian, 1221

KELESE NSHOM George, 1639

LAFFAILLE Franck, 1121  
LAGOUTTE Julien, 67, 1333  
LAMI Arnaud, 1261  
LECA Antoine, 497  
LEPAGE Corinne, 1229  
LEVOA AWONA Serge Patrick, 1399  
LICARI François-Xavier, 1817

MANGIAVILLANO Alexandre, 689  
MANIATIS Antoine, 1041  
MARMISSE – d'ABBADIE d'ARRAST Anne, 217  
MBA NDONG Bourges, 461  
MIENDJIEM Isidore Léopold, 1665  
MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire, 1417  
MOZOL Patrick, 1521

NEMEDEU Robert, 1161  
NICOLAS Guylène, 1293  
NKOULOU Yannick Serge, 419  
NOGUÉRO David, 111  
NOUAL Pierre, 529

ORAISON André, 735

PARASSOURAMANAIK Stéphanie, 1515  
PERERA Sandrine, 653  
PERRIN Christophe, 25  
PIMONT Sébastien, 1769  
POTVIN-SOLIS Laurence, 1271

RICCI Jean-Claude, 1311  
ROULAND Norbert, 387, 545, 899, 1489  
ROUSSEAU Élisabeth, 923  
ROUVIÈRE Frédéric, 1745, 1905

SADJO Aliou, 1577  
SERMET Laurent, 1197  
SINKONDO Marcel, 785  
SLIMANI Ahmed, 307  
SOBZE Serge François, 849

TARDIF Anthony, 1443

THOLOZAN Olivier, 1891

THOMAS-TAILLANDIER Delphine, 201

TREILLARD Aline, 1495

ZAMBO ZAMBO Dominique Junior, 1599

ZANI Mamoud, 395, 1701

Composition et mise en page :  
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE  
Caroline PY

Conception et réalisation de la couverture :  
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE  
Cédric HAMEL  
Sylvia ROGER

Impression :  
SERVICE IMPRIMERIE  
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

---

DÉPÔT LÉGAL – 4<sup>e</sup> Trimestre 2020