

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 dilemmes¹.

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 seul². 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 juridique³.

C’est ainsi que notre auteur insiste tout à tour sur la prépondérance de la formulation littérale des règles⁴, le respect de ce qui est écrit⁵, le respect du précédent⁶ ou des autorités⁷. 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

¹ S. BOARINI, *Qu’est-ce qu’un cas moral ?* Vrin 2013, p. 19

² F. SCHAUER, *Penser en juriste*, (trad.) S. Goltzberg, Dalloz, Rivages du droit, 2018, p. 7.

³ F. SCHAUER, précité, p. 31.

⁴ F. SCHAUER, précité, p. 156.

⁵ F. SCHAUER, précité, p. 18.

⁶ F. SCHAUER, précité, p. 44.

⁷ F. SCHAUER, précité, p. 66.

réelle et avant tout de celle des juges⁸. 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 politiques⁹.

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 formel¹⁰. Ce parallèle entre le savoir juridique et esthétique n'est pas de pure forme¹¹ 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 lettre¹² et qu'une lecture charitable donne la priorité à l'intention sur l'énoncé¹³, 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

⁸ 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.

⁹ Précisément sur ce débat : F. ROUVIÈRE, « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ? » *RTD civ.* 2018, p. 526.

¹⁰ 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* ».

¹¹ F. COLONNA D'ISTRIA, « Contre le réalisme. Les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.* 2012, p. 4.

¹² 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

¹³ 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 règles¹⁴, les jeux de pouvoirs ou les réalités culturelles¹⁵; 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 éclatante¹⁶. En somme, il est assez classique d'admettre que le droit est un autre monde¹⁷.

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.

¹⁴ Au prix parfois d'une « fétichisation de la société » : V. VALVERDE, *Law's dream of a common knowledge*, Princeton University Press, 2003, p. 10.

¹⁵ P. LEGRAND, « European Legal Systems Are Not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 1, janv. 1996, p. 62.

¹⁶ 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 ».

¹⁷ 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^e siècle¹⁸ 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 Wittgenstein¹⁹, 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).

¹⁸ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, 6^e éd. 2008; Ch. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1999.

¹⁹ 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 méthode²⁰. En droit, la casuistique renvoie historiquement à une méthode d'enseignement (la méthode des cas) que le doyen Langdell a installée à la *Harvard Law School* en 1871²¹ héritière d'une longue tradition²².

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^e 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 directeur²³.

Enfin, la casuistique est un concept théorique complexe²⁴. 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 méthode²⁵). 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.

²⁰ P. HURTEBISE, *La casuistique dans tous ses états: de Martin Azpilcueta à Alphonse de Liguori*, Novalis Canada, 2006.

²¹ 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.

²² 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

²³ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit privé*, Précis Dalloz, 2002, p. 3.

²⁴ F. ROUVIÈRE, « Apologie de la casuistique », *D.* 2017, p. 118-123.

²⁵ 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 traiter²⁶. 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-

²⁶ 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 violations²⁷. 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 liberté²⁸, 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 récusée²⁹. 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 prémisses³⁰.

²⁷ 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.

²⁸ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (trad.) O. de Meulenaere, t. III, Paris, Marescq, 2^e éd., 1877, p. 158.

²⁹ C'est la récusation des enseignements reçus dans la première méditation des Méditations métaphysiques de Descartes (1641)

³⁰ 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 auteurs³¹, 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.

³¹ 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 avancées³² 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 doctrinal³³. Le professeur, et plus spécialement le professeur agrégé, tient ainsi un rang particulier³⁴ 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 dogmatique³⁵ 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.

³² Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Éditions Université de Bruxelles, 6^e éd., 2008, p. 420-421.

³³ Ch. ATIAS, « Debout les ouvriers du droit! Autorité et poids de la doctrine », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 361.

³⁴ Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz 2004, p. 194-196.

³⁵ 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 texte³⁶.

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 discrétionnaire³⁷. La solution aux lacunes est ainsi politique et réside dans le pouvoir du juge : on retrouve alors la solution d'Aristote³⁸ qui invite à raisonner comme si l'on était le législateur, solution que François Gény a reprise également comme telle³⁹. L'article 4 du Code civil qui interdit le déni de justice tranche dans le même sens ; l'article 1^{er} 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 narrative⁴⁰ ; 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

³⁶ 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.

³⁷ H. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 154.

³⁸ *Éthique à Nicomaque*, V, 14

³⁹ 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 ».

⁴⁰ 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 humaine⁴¹ 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 »⁴² 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.

⁴¹ G. TEUBNER, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47^e 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.

⁴² 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 droit⁴³. 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 supprimé⁴⁴: il n'était pas concevable en pratique que le

⁴³ Y. THOMAS, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 175-176, 2005, p. 113-130.

⁴⁴ 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 réduire⁴⁵.

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 forme⁴⁶.

⁴⁵ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en occident*, Belin, 2008, p. 14.

⁴⁶ 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).