

# FONCTION MÉTA OU L'HYPOTHÈSE D'UNE DÉMARCHE ANTÉCÉDENTE

---

## PROPOS SANS RIGUEUR SUR UNE RECHERCHE AU LONG COURS

Jean-Sylvestre BERGÉ

*Professeur à l'Université Côte d'Azur (CNRS, GREDEG)*

**Résumé:** L'approche antécédente vise à sortir du droit pour tenter de mieux y revenir. Elle est une manière, parmi d'autres, de prendre une certaine distance dans l'analyse que les juristes livrent habituellement sur leurs objets. En ce sens, on peut supposer qu'elle constitue l'un des usages possibles de la méthode réflexive. Pour tenter de vérifier plus avant l'intuition, cette contribution se propose de présenter sans rigueur l'hypothèse d'une démarche antécédente, ses tenants et aboutissants.

**Mots-clés:** Approche antécédente – *A priori* – précompréhension – phénomène juridique

**Abstract:** *The antecedent approach aims to leave behind the law only better to return to it. It is a way, among others, to take a certain distance in the analysis that jurists usually carry out on their objects. In this sense, one can suppose that it constitutes one of the possible uses of the reflexive method. To try to verify this intuition further, this contribution proposes to present without rigor the hypothesis of an antecedent approach, its ins and outs.*

**Keywords:** *Antecedent approach – a priori – pre-understanding – legal phenomenon*



La « démarche antécédente » est portée par un projet de recherche éponyme, initié en 2021, et qui doit s'étaler sur plusieurs années<sup>1</sup>. A ce stade liminaire du projet, nous avons proposé à nos amis et voisins du *Laboratoire de théorie du droit* de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille Université d'échanger sur cette recherche embryonnaire. C'est ainsi que le directeur du laboratoire, le Professeur Frédéric Rouvière, nous a aimablement invité à intervenir au titre du séminaire ouvert en 2022 sur le thème : « La fonction « méta » en droit – Usages de la méthode réflexive ».

Nous nous sommes alors interrogé sur les liens possibles entre ce que pourrait être une « démarche antécédente » et cette fameuse « fonction méta » qui « consiste à opérer un retour de la pensée [juridique] sur elle-même en prenant pour objet la façon dont les problèmes sont pensés »<sup>2</sup>.

Notre proposition de réponse est en substance la suivante : la démarche antécédente, qui se donne pour ambition de « sortir du droit pour tenter de mieux y revenir »<sup>3</sup>, est une manière, parmi d'autres, de prendre une certaine distance dans l'analyse que nous portons ordinairement sur nos objets en droit. En ce sens, on peut supposer qu'elle constitue un des usages possibles de la méthode réflexive.

Pour essayer de vérifier plus avant ce qui n'est pour l'heure qu'une intuition, nous voudrions présenter sans rigueur, c'est-à-dire de manière faiblement documentée à ce stade de la recherche<sup>4</sup>, quelle pourrait-être notre hypothèse d'une démarche antécédente ?

L'analyse sera conduite autour de quatre grands questionnements :

- En quoi la démarche antécédente renouvelle-t-elle les approches sur les *a priori* ?
- Comment peut-elle nourrir des considérations de méthode « méta » ?
- Dans quelle mesure met-elle à jour un droit nu, débarrassé de ses pré-compréhensions ?
- Comment livre-t-elle la part propre du droit dans sa manière de se réapproprier – ou non – les antécédents ?

---

<sup>1</sup> Pour une présentation et les premières réalisations du projet de recherche « Antécédent », soutenu notamment par le programme IDEX de notre université, voir <<https://docs.google.com/document/d/1kmDjBprx1y-Ocv3pnAExFYUqkRZifXZW/edit>>.

<sup>2</sup> Présentation du séminaire par le Professeur Frédéric Rouvière, 1<sup>er</sup> §.

<sup>3</sup> Pour un premier exposé de cette démarche, voir notre chronique : « Que faire de nos *a priori* en droit ? Jalons pour une recherche antécédente », *Rec.* n° 37, 2022, p. 1865.

<sup>4</sup> Voir néanmoins, en notes et *in fine*, les principales références bibliographiques mobilisées à ce stade de la recherche.

## En quoi la démarche antécédente renouvelle-t-elle les approches sur les *a priori*?

Entrer dans le droit par ses *a priori* est tout sauf une démarche habituelle.

Il y a plusieurs raisons à cela.

La première, la plus évidente, est que s'il devait exister un *a priori* au phénomène juridique, il serait par essence quelque chose d'extérieur au droit. Pourquoi se demander ce qui préexiste à la règle de droit, dès lors que l'attention du juriste est pour l'essentiel dédiée à cette règle et à elle seule? On peut bien sûr admettre qu'un *a priori* puisse avoir une influence sur la règle de droit. Mais en pareil cas, seule compte l'analyse de l'*a priori* tel qu'il est traduit dans la règle de droit, et non pas son analyse en tant que telle qui demeure quelque chose d'étranger au droit et qui relève aux mieux d'autres disciplines que la nôtre.

La deuxième raison tient aux manières dont l'*a priori* a été théorisé en philosophie des sciences, manières qu'il est difficile de réemployer en droit. On peut dire, en schématisant les choses, que l'*a priori* recoupe deux grandes significations philosophiques. Au sens premier, kantien du terme, il est compris comme une justification transcendantale de la connaissance qu'il fonde indépendamment de toute expérience. Au sens plus courant, l'*a priori* est perçu comme l'expression d'un préjugé. Or ces deux acceptions n'ont pas de prise véritable sur le droit. La question demeure fortement débattue du point de savoir si le droit est ou non une science, s'il existe même une connaissance proprement juridique et si l'expérimentation fait sens dans notre discipline. Quant aux préjugés, ils sont généralement tenus pour étrangers au droit, qu'il s'agisse de les écarter au nom d'une nécessaire objectivité du droit ou, au contraire, de mettre en exergue leur inévitable influence sur le droit, notamment ses pratiques.

La troisième raison tient aux contours extrêmement vastes de ce qui pourrait former les *a priori* pour les juristes, si on les considère en dehors des deux sens philosophiques précédemment rappelés. On peut se risquer à dire que les *a priori* sont potentiellement autant de *postulats*, de *présupposés*, de *préjugés*, de *paradigmes*, de *croyances*, de *lieux communs*, de *biais*, d'*émotions* qui préexistent à l'intervention juridique. Coexistent ainsi dans cet inventaire à la Prévert, toutes sortes de propositions, qui n'ont pas de liens directs les unes avec les autres. Par exemple, on ne parle manifestement pas de la même chose quand il est question de postulats, de présupposés, de paradigmes, d'une part, et de préjugés, de croyances, de lieux communs, de biais, d'émotions, d'autre part. Si les juristes livrent, ou ont livré par le passé, des analyses parfois nourries sur la plupart de ces entrées prises séparément, jamais, à notre connaissance, elles n'ont été appréhendées d'un tenant sous la bannière des « *a priori* ». Pour une majorité sans doute de juristes, le thème des *a priori* est jugé beaucoup trop holistique pour constituer un sujet digne d'intérêt.

Pour rompre avec ces différentes difficultés, il faut sortir de cette entrée encombrée, pour ne pas dire minée, des *a priori*. Rien ne nous oblige, comme juriste, à devoir commencer nos analyses en marquant notre préférence pour une théorie de la connaissance plutôt qu'une autre, ou à nous prononcer sur les mérites respectifs de la condition *a priori* et de l'expérience. Rien ne nous oblige, non plus, à nourrir à propos des *a priori*, le sentiment bien arrêté qu'ils sont par essence étrangers au droit!

Il nous faut trouver une autre voie d'accès à l'étude de ce qui est antérieur à l'intervention juridique.

Notre attention s'est fixée sur le terme « antécédent » qui permet de désigner de manière ouverte et non clivante tout ce qui peut préexister au droit « subséquent ».

Cette entrée antécédente désigne ainsi l'ensemble des précompréhensions ou compréhensions premières que l'on peut nourrir sur les objets que le droit entend appréhender.

Lesdits objets peuvent être presque totalement construits par le droit lui-même (une personnalité morale, une fiction juridique, une présomption légale). Mais bien souvent, ils nous sont donnés par la nature (par exemple : l'eau, la terre, l'air) ou la technologie de l'homme (par exemple, toujours à ce propos : les ouvrages et instruments de maîtrise de l'eau, de la terre et de l'air par l'homme).

Sur tous ces objets, le juriste, ou plus généralement toute personne au contact du droit, nourrit un ensemble de compréhensions brutes, non savantes, assez souvent naïves, que nous appelons les antécédents.

Prenons un exemple très actuel d'objet pour le droit : les violences conjugales. Sur ce sujet, nous savons que les approches ont fortement évolué : « autrefois encouragées, aujourd'hui inacceptables », pour reprendre l'intitulé d'un article de presse<sup>5</sup>. Comment prendre la mesure des liens multiples, complexes, souvent contradictoires (c'est bien dit dans cet article), entre ces compréhensions premières, favorables et défavorables, de la société sur les violences conjugales et le droit? Réponse : en ouvrant – notamment – une démarche antécédente qui permet d'appréhender l'ensemble des précompréhensions attachées à cet objet potentiellement juridique que sont les violences conjugales.

Notre hypothèse de travail est bien la suivante : les antécédents peuvent être de nature à exercer une influence déterminante sur les constructions du droit. Pour les découvrir, les expliciter, les discuter, il faut mettre en place une démarche qui permette potentiellement de passer des passerelles entre ces antécédents et les manifestations du droit subséquentes.

Contrairement à l'approche *a priori*, qui cherche à cliver l'avant (*a priori*) de l'après (*a posteriori*), la démarche antécédente se veut inclusive. Elle se donne pour ambition centrale de rechercher et d'analyser les voies de passage possibles entre les précompréhensions et les réalisations du droit.

<sup>5</sup> Article de A. CHEMIN, *Le Monde*, 26 novembre 2022.

## Comment la démarche antécédente peut-elle nourrir des considérations de méthode « méta » ?

Les méthodes du droit sont le plus souvent utilisées pour mener des opérations de clôture, de délimitation, d'arrêt. Le droit et les juristes s'intéressent d'abord au droit et aux juristes et c'est d'ailleurs pour cette raison qu'ils sont le plus inaudibles pour le reste de la société!

L'analyse du droit à travers la figure des antécédents contrarie cet état des choses.

Elle nourrit une méthode de travail qui consiste nécessairement à prendre de la distance par rapport aux constructions du droit et à les interroger ou réinterroger au départ de leurs potentielles précompréhensions.

En ce sens, la démarche antécédente est bien une approche méta même si elle n'a pas vocation à être LA FONCTION MÉTA par excellence. C'est un outil – parmi d'autres – dont nous voudrions ici présenter les principaux ressorts et mérites.

La démarche antécédente n'existe pas dans les énoncés méthodologiques sur le droit. Il faut l'inventer et la rendre accessible au plus grand nombre.

Pour ce faire, nous avons imaginé un possible scénario en trois étapes.

Dans une première étape, le juriste questionne sa compréhension première de l'objet qu'il cherche à appréhender. Il se demande, à titre individuel ou au titre de la communauté à laquelle il appartient, au titre d'un autre individu ou d'une autre communauté, au temps passé, présent ou futur, quels sont potentiellement les postulats, présupposés, préjugés, paradigmes, croyances, lieux communs, biais, émotions qui sont susceptibles de le renseigner sur l'existence d'antécédents aux constructions juridiques. Ce type de questionnement est nécessairement situé dans l'espace. Il requiert donc un effort important de contextualisation. Cet effort est souvent négligé par les juristes qui baignent naturellement dans le contexte qui leur a été donné « à la naissance » (*i.e.* dès le début de leur formation) et qui ne s'interrogent que rarement<sup>6</sup> sur les ressorts propres dudit contexte et la manière dont il pourrait imprégner les précompréhensions des objets saisis par le droit. Précomprendre le droit, c'est au contraire provoquer une réflexion systématique sur le ou les contexte(s) des objets du droit. Cette première démarche de précompréhension suppose en outre que le juriste soit préparé à utiliser des outils à même de lui permettre d'enrichir son vocabulaire sur les formes multiples d'antécédents. Même si rien ne le contraint à les examiner tous, il est indispensable qu'il puisse déterminer si l'antécédent auquel il se réfère, relève plutôt de la proposition que l'on peut formuler expressément ou d'une pensée profonde ou sensible. En un mot, dans la première étape, le juriste ouvre la voie à un possible questionnement sur les compréhensions premières des objets potentiels du droit.

<sup>6</sup> À l'exception naturellement des comparatistes.

Même si à ce stade de l'analyse, il n'a pas les réponses à l'ensemble des questions qu'il se pose, il s'interroge, ce qui est déjà en soi la marque d'une mise en œuvre d'une analyse réflexive et donc méta.

Dans une deuxième étape, le juriste confronte son analyse de l'objet à appréhender à celle potentiellement proposée par d'autres disciplines. Il s'agit ici de se demander comment d'autres savoirs appréhendent les postulats, présupposés, préjugés, paradigmes, croyances, lieux communs, biais, émotions qui entourent tel ou tel objet d'étude. Cette interrogation requiert un travail pluridisciplinaire de comparaison. Il a pour ambition d'explicitier potentiellement l'ensemble des précompréhensions qui peuvent exister sur un objet donné au départ de différentes disciplines. Comme pour toute aventure pluridisciplinaire, le travail est complexe et exigeant. Il faut savoir déterminer à plusieurs disciplines de quoi parle-t-on précisément et dans quel ordre faut-il en parler? Notre expérience en ce domaine avec des économistes, gestionnaires, politistes, sociologues, anthropologues, philosophes, scientifiques du numérique ou biologistes, nous a montré que le travail pluridisciplinaire demeurerait nécessairement limité. On ne travaille qu'un temps à plusieurs disciplines sur des objets définis, puisque chacun doit pouvoir ensuite retourner à sa discipline propre ou travailler le cas échéant à l'émergence de nouvelles disciplines. Mais cet espace de travail en commun est essentiel. Il l'est tout particulièrement pour la démarche antécédente. En matière de précompréhensions, les savoirs ont tous besoin les uns des autres, dès lors qu'il s'agit pour chacun d'eux de sortir de sa zone de confort et de s'interroger sur ce qui peut exister en amont de la construction des objets par la discipline. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le droit n'est pas suiveur dans ce deuxième temps de la démarche. Chaque discipline doit faire l'effort d'une analyse réflexive, c'est-à-dire doit interroger ses propres précompréhensions sur un objet donné. Cette mise à nue de la connaissance peut être déroutante pour chacun des participants. Mais elle a cet immense mérite de ne placer aucun des acteurs en présence en position de force par rapport aux autres. Il s'agit ni plus ni moins d'essayer de créer un espace idéal pour échanger et croiser les regards sur les précompréhensions de l'objet étudié.

Reste alors la dernière étape, celle du retour au droit dans son champ propre et, dans l'absolu, du retour de chacune des disciplines mobilisées à la deuxième étape dans leurs domaines respectifs. S'agissant du droit, nous savons qu'il est essentiellement une affaire de choix même s'il a ses propres contraintes. Le droit n'est pas tenu de prendre en considération l'ensemble des antécédents qui ont été explicités en étape 2 de la méthode. Mais il procède aux choix qui lui semblent utiles ou nécessaires en pleine compréhension des objets à appréhender, ce que permet justement la méthode antécédente. A cet égard, la méthode antécédente présente un attrait inégalé dans la science juridique. Si le droit crée son propre monde, encore faut-il connaître les « autres mondes » pour déterminer avec un minimum de précision de quel monde juridique parle-t-on? Pour cela il est né-

cessaire de procéder à un travail de comparaison entre les différents savoirs. Par exemple, comment comprendre en droit cet objet qui retient toutes les attentions aujourd'hui et que l'on appelle « l'intelligence artificielle »?<sup>7</sup> Une des manières de faire est de comparer les précompréhensions que les uns et les autres, chacun dans leur discipline, développent sur cet objet. C'est justement ce que permet de faire la démarche antécédente. Cette démarche présente encore un autre avantage. Elle peut s'avérer être le cheval de Troie (au sens mélioratif du terme) de toute recherche avancée qui s'efforce de se construire ou de se reconstruire autour d'objets non identifiés, le plus souvent internationaux et pluridisciplinaires. Ces objets, qu'ils soient réellement nouveaux ou qu'ils aient été délaissés jusqu'alors, débordent le plus souvent des disciplines traditionnelles. Même s'ils peuvent aspirer à fonder de nouvelles disciplines, ils requièrent, comme préalable à toute recherche, une démarche permettant de les approcher. La méthode antécédente, en questionnant les précompréhensions des objets, en les faisant dialoguer entre elles et en organisant un retour aux savoirs existants, permet d'atteindre une ambition de recherche de cette envergure. Elle peut donc avoir un impact bien au-delà du droit.

La question légitime que l'on peut se poser pour terminer sur ce point de méthode est de savoir dans quels lieux et à quels moments peut-on chercher à asseoir une telle démarche antécédente? Quel est le juriste qui dispose du temps et des outils nécessaires à cette prise de recul, puis à un retour sur le droit au départ des précompréhensions?

Une première réponse désigne le monde de la recherche. La recherche senior d'abord qui, après de longues années passées à tenter de faire le tour d'un univers savant, souvent dans un domaine spécialisé, peut légitimement aspirer à prendre de la distance par rapport à ses objets<sup>8</sup>. La jeune recherche est également concernée. Le travail doctoral permet cet examen en profondeur des objets que requiert la démarche antécédente. Naturellement, il faudra montrer une parfaite aptitude à réaliser l'étape 3 de la méthode, c'est-à-dire un retour à sa discipline. Mais rien n'interdit que ce retour soit précédé, ne serait-ce que dans le for intérieur du chercheur, des étapes 1 et 2<sup>9</sup>.

Une autre réponse vise en droit le monde de la pratique. Nous appartenons comme juristes à une discipline appliquée! Quel juge, quel avocat, quel notaire, quel commissaire de justice dispose du temps nécessaire pour questionner ses objets

<sup>7</sup> Pour une expérience de ce type en droit, économie, gestion et sociologie, voir ou revoir la table-ronde organisée par notre laboratoire CNRS GREDEG en décembre 2022 à Sophia Antipolis : <<https://gredeg.univ-cotedazur.fr/manifestations-scientifiques/seminaire-pluriannuel-1>>.

<sup>8</sup> Pour une première expérience de ce type, voir les actes du séminaire international et pluridisciplinaire organisé à Sophia Antipolis (CNRS GREDEG) en juin 2022 : *The A Priori Method in the Social Sciences: A Multidisciplinary Approach*, Springer International, à paraître.

<sup>9</sup> Pour une première expérience de ce type, voir les actes du séminaire « jeune recherche » organisé à Nice (UCA - EUR LexSociété) en mai 2022 : « Questionner nos objets de recherche par nos *a priori* » (coll.), *Revue en ligne Lex.Société*, 2023 : <<https://epi-revel.univ-cotedazur.fr/collections/show/1049>>.

juridiques et les revisiter par leurs antécédents? Tout est possible à vrai dire. Ces professionnels du droit (et il y a en a bien d'autres) ont leur école. La pratique du droit y est enseignée. Dans cet enseignement, la question mérite d'être largement discutée de l'importante des précompréhensions dans l'appréhension des situations juridiques concrètes. Ces professionnels du droit ont aussi leurs dossiers. Les plus difficiles, les plus nouveaux, même ceux qui relèvent d'une pratique routinière du droit apparemment satisfaisante, sont autant d'opportunités d'interroger les compréhensions premières qui animent l'approche de chacun des cas.

### **Dans quelle mesure la démarche antécédente met-elle à jour un droit nu, débarrassé de ses précompréhensions ?**

L'hypothèse d'un droit nu est un peu comme celle du roi nu! Si l'on déshabille le droit de ses précompréhensions, qu'en reste-t-il?

Pour vérifier cette hypothèse, nous proposons de travailler autour d'une illustration. Nous avons retenu le thème des « contraintes » qui occupe, comme chacun sait, une place importante en droit. Plus exactement, nous voudrions essayer de mettre en œuvre les trois étapes de la démarche antécédente, en nous appuyant essentiellement sur deux travaux consacrés au sujet: un ouvrage déjà un peu ancien sur la théorie des contraintes juridiques<sup>10</sup> et un autre plus récent sur le métier de juriste<sup>11</sup>.

Commençons par mettre en œuvre la première étape de la démarche antécédente en cherchant à sortir du droit pour questionner les compréhensions premières que l'on peut nourrir sur les contraintes. La plupart des juristes commencent l'étude du droit au système juridique, ses règles et ses décisions. Tout cela est bien normal. Le juriste, qui n'est pas politiste, philosophe, historien, sociologue, anthropologue, économiste, informaticien, biologiste, etc., n'est que juriste (ce qui est souvent le cas) et il n'a, en conséquence, aucune compétence, aucune légitimité à sortir des constructions proprement juridiques et à parler de ce qu'il ne connaît pas. Ce recentrage permanent sur la discipline d'ancrage, qui n'est pas propre au droit, est malmené par la première étape de la démarche antécédente qui consiste à ouvrir une discussion sur les différentes précompréhensions que les juristes peuvent avoir de leur objet. Ici l'objet étudié, ce sont « les contraintes ». Or, à leur propos, on peut nourrir, en simplifiant les choses, deux grandes approches: l'une strictement interne au droit et l'autre extrajuridique, c'est-à-dire externe ou extérieur au système juridique. Un travail théorique sur les contraintes « juridiques » entend clairement privilégier la vision interne<sup>12</sup>. Mais cela n'interdit pas de reconnaître, quitte à s'en

<sup>10</sup> M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

<sup>11</sup> X. LAGARDE, *Le métier de juriste – Une introduction générale au droit*, IRJS, 2020.

<sup>12</sup> M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK, préc., voir les explications proposées en Introduction, p. 2 et s.

écarter immédiatement, l'existence d'autres formes de contraintes, extérieures ou externes au droit et auxquelles d'autres travaux, y compris parfois des mêmes auteurs, ont été consacrés<sup>13</sup>. Le choix d'étudier tel type de contraintes plutôt que tel autre n'est pas condamnable en soi. Mais il doit être énoncé – c'est bien un choix – et justifié – ici la préférence marquée pour une hypothèse de travail plutôt qu'une autre –, ce qui, encore une fois, est parfaitement conforme à une démarche de recherche. Dans la perspective qui est la nôtre de cette première étape de la méthode antécédente, de telles précompréhensions de l'objet étudié doivent être développées, et discutées. Il y a plusieurs manières d'envisager les choses : soit le juriste est convaincu qu'il n'existe qu'un seul type d'approche des contraintes et il sera amené à confronter son approche étroite à d'autres savoirs dans l'étape 2 de la méthode antécédente, ce qui pourrait, le cas échéant, l'amener à reconsidérer ses analyses ; soit, il voit d'emblée qu'il existe sur le sujet, une pluralité d'approches juridiques et non juridiques des contraintes et c'est fort de cette vision pluraliste qu'il poursuit ses réflexions sur les contraintes dans les étapes ultérieures. Pour le dire différemment, cette première phase d'interrogation des précompréhensions que le juriste ou les juristes ont, ont eu ou pourraient avoir des contraintes, soulève plus de questions qu'elle n'entend apporter de réponses. Il sera toujours temps plus tard de choisir, en particulier lors de la 3<sup>e</sup> étape de la méthode, quelle(s) précompréhension(s) des contraintes nourrissent potentiellement les constructions juridiques autour de ce thème.

Poursuivons avec la deuxième étape de la démarche antécédente qui consiste à questionner les précompréhensions d'autres disciplines sur les contraintes. Cette étape requiert un dialogue pluridisciplinaire sur les précompréhensions de cet objet « contraintes ». Nous avons recherché si des travaux sur les contraintes mobilisaient des compréhensions premières empruntées à d'autres littératures que celles strictement juridiques. Notre choix s'est arrêté sur un ouvrage original d'introduction au droit, intitulé « Le métier de juriste »<sup>14</sup>. De quoi est-il question dans ce livre ? Au premier niveau, il s'agit pour l'auteur d'introduire le droit, c'est-à-dire d'amener le lecteur non juriste à une compréhension ample du phénomène juridique. Au second niveau, l'ouvrage a l'ambition d'offrir quelques-unes des principales clés d'entrée qui permettent de saisir les spécificités des analyses conduites par toutes celles et tous ceux qui font du droit leur métier. L'ouvrage est séquencé autour de 18 sections qui sont autant d'invitations pour le lecteur à entrer dans le droit (typiquement l'étudiant de première année, section introductive) et à en sortir (dernière section). Parmi ces entrées, on trouve « La contrainte »<sup>15</sup>. Pour approcher la notion, l'auteur procède par étapes, évoquant successivement, sa simplicité appa-

<sup>13</sup> M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK, préc., voir les explications proposées en Introduction, p. 2.

<sup>14</sup> X. LAGARDE, préc.

<sup>15</sup> X. LAGARDE, préc., p. 57-74.

rente, une première définition/illustration, son étude à travers les sanctions civiles et pénales, sa conciliation avec la distinction impératif/supplétif, le déploiement de la contrainte étatique dans le champ du droit mou... et pour terminer l'appel à « Hobbes, notre sauveur »<sup>16</sup>. C'est ce dernier développement qui nous intéresse ici. La référence appuyée au philosophe anglais et à son célèbre *Léviathan* est présentée par Xavier Lagarde comme la meilleure explication qui ait pu être donnée de la nécessité de confier par consensus la force publique à un monopole. Il est rappelé, en effet, que selon Hobbes, la capacité de nuisance – y compris de tuer – de tout un chacun, même des plus faibles, justifie que la violence légitime soit confiée à un seul: le Léviathan. Et notre collègue de conclure: « On retiendra donc que le monopole de la contrainte est encore un constituant du phénomène juridique et *qu'a priori*, les Etats sont encore les entités les mieux placées pour tenir le monopole »<sup>17</sup>. Cette analyse est intéressante pour notre propos. Xavier Lagarde, professeur de droit, va chercher dans une analyse de philosophie politique une justification *a priori* (il utilise le terme) du monopole de la force publique, dévolue aujourd'hui principalement aux Etats. Même si cette analyse ne cherche pas spécifiquement, s'agissant de la contrainte, à mettre en mouvement ce que nous appelons la deuxième étape d'une démarche antécédente, le fait est qu'elle illustre parfaitement ce cheminement de la pensée qui consiste pour le juriste à développer une conception *a priori* de son objet, en organisant un dialogue avec d'autres disciplines, ici la philosophie politique. Le droit n'apparaît pas pour autant comme une discipline ancillaire. Il s'ouvre simplement à une compréhension première de son objet « contrainte » placé ici sous l'antécédent du « monopole d'Etat ».

Reste la dernière étape de la démarche antécédente qui est d'organiser un retour au droit. Pour cette troisième étape, nous voudrions montrer que, même sans contrainte, le droit nu, c'est-à-dire le droit déshabillé de son antécédent « contrainte », reste le droit! En effet, les contraintes ne se vérifient pas toujours *a posteriori*. On songe, entre autres exemples, à l'ineffectivité d'un nombre considérable de règles ou de décisions d'origine publique, notamment étatique, à la question rebattue de la sanction du droit mou ou à l'hypothèse de l'exécution d'obligations purement naturelles. Dans ces trois cas, l'absence de contraintes *a posteriori* ne remet pas en cause mécaniquement la juridicité de la règle ou de la décision publique, du droit mou ou des obligations naturelles. Toutes ont une dimension potentiellement juridique indépendamment de l'existence d'une sanction *a posteriori*. En d'autres termes, la règle de droit non sanctionnée reste une règle de droit. Le droit mou est de nature à produire des effets de droit indépendamment de sa sanction. Quant à l'obligation naturelle, elle peut être appréhendée par la règle droit qui sait traiter juridiquement les cas d'exécution purement volontaire de ce type particulier d'obligation. Tout cela montre – et c'est un point central dans notre analyse – que

<sup>16</sup> X. LAGARDE, préc., p. 70.

<sup>17</sup> X. LAGARDE, préc., p. 74.

l'absence de contraintes *a posteriori* ne remet pas en cause l'idée même de contrainte comme compréhension première du droit. Autrement dit, les contraintes, avant d'être un *a posteriori* du droit, sont un formidable antécédent. Et cet antécédent est à ce point important qu'il peut, dans certaines hypothèses du type de celles énoncées ci-dessus, préfigurer l'existence d'un droit nu, chaque fois que la présence de l'antécédent ne se vérifie *a posteriori* dans les constructions du droit.

### **Comment la démarche antécédente livre-t-elle la part propre du droit dans sa manière de se réappropriier ou non les antécédents ?**

On arrive au dernier temps de notre tentative d'explication de ce que pourrait être une démarche antécédente.

Cette démarche cherche clairement à appréhender le droit comme toute une série de phénomènes qui se laissent découvrir à travers leurs antécédents, selon que ces derniers ont été – ou non – capturés par le droit. L'approche du droit comme phénomène est une manière comme une autre de conduire l'analyse juridique. Ce n'est pas UNE THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT. C'est une approche théorique parmi d'autres, qui permet de tirer des enseignements sur la manière dont le droit se saisit – ou non – d'objets qui lui sont présentés. Cette approche phénoménologique a mauvaise presse, notamment chez les juristes. Elle est souvent considérée comme totalement hermétique. Sans chercher ici à engager plus avant cette discussion, nous voudrions essayer de montrer que la démarche antécédente offre des potentialités intéressantes dans l'approche du droit comme autant de phénomènes.

Pour ce faire, on adoptera trois développements successifs.

Le premier s'appuie sur l'histoire de la pensée juridique. Cette dernière montre que des auteurs de premier plan se sont exercés à une démarche antécédente, même s'ils n'ont pas cherché, comme nous le faisons ici, à l'inscrire dans une méthode englobante d'analyse. Ces travaux portent respectivement sur la norme présupposée, l'antécédent social et le fondement *a priori*. On a pu ainsi, à la façon de Hans Kelsen<sup>18</sup>, postuler en droit l'existence de normes hypothétiques fondamentales (« *Gundnorm* »), par essence non discutées, de nature à légitimer d'autres normes. L'antécédent prend bien ici la forme d'un postulat, c'est-à-dire d'un *a priori* théorique, qui permet de consolider l'édifice normatif qui, pour le dire simplement, repose sur la validation de chaque norme par la référence à une autre norme. Si l'on prend la norme la plus élevée - la norme constitutionnelle dans la figure étatique - il faut bien se référer pour sa validation à une autre norme. C'est ici qu'intervient l'*a priori* fondamental imaginé par le célèbre théoricien autrichien et dont il a pu dire que les juristes ont longtemps cru à son existence, sans parvenir pour autant à en

<sup>18</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (travail original en allemand remanié en 1960), trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962.

formuler expressément les contours. Dans une autre démarche, un auteur comme Santi Romano<sup>19</sup> a considéré que toute organisation sociale préexistait à la naissance d'un ordonnancement juridique (*l'ordinamento giuridico*). Cet auteur a permis de faire entrer dans le droit, le fait de l'ordre social tenu généralement pour « antécédent » (l'auteur utilise plusieurs fois l'expression « *antecedente* » et c'est notamment à lui que nous l'empruntons) au droit. Il peut s'agir bien sûr de l'ordre social étatique. Mais l'auteur, en condamnant toute forme d'exclusivisme juridique, accepte de s'ouvrir à d'autres types d'organisation sociale: la société internationale, l'église, l'entreprise, la famille, la mafia, etc. Il y a enfin les travaux d'Adolf Reinach<sup>20</sup> sur les fondements *a priori* du droit civil et de Jean-Louis Gardies<sup>21</sup> sur les fondements *a priori* de la rationalité morale et juridique. Ces écrits, inspirés par les travaux du philosophe et logicien Edmund Husserl, auxquels nous faisons allusion plus haut, et qui n'ont pas connu un large rayonnement, contrairement aux deux précédents, ont emprunté à la phénoménologie et à la logique modale des pistes de recherche sur les *a priori*. Ces analyses pourraient s'avérer fort utiles pour alimenter une réflexion totalement renouvelée sur la démarche antécédente.

Un deuxième développement, plus contemporain, s'appuie sur un travail d'épistémologie pragmatique que nous avons mené sur les phénomènes en mouvement<sup>22</sup>. Réfléchissant à la manière dont les circulations de biens ou de personnes sont susceptibles de questionner les constructions du droit, notamment en cas de perte totale de contrôle, ce travail a, en effet, été amené à proposer une méthode de précompréhension des constructions du droit en ce domaine. Cette recherche a ainsi permis de croiser de très nombreux discours sur les circulations. Certains sont propres aux juristes. D'autres nous viennent d'autres savoirs. Dans tous les cas, ces discours laissent transparaître un certain nombre d'antécédents de circulation qui peuvent potentiellement intéresser le travail des juristes. Six antécédents ont ainsi été dégagés: 1° l'antécédent magique (les métaphores de circulation en droit, comme la référence aux besoins du commerce international pour justifier de solutions juridiques dérogoratoires), 2° l'antécédent libéral (la circulation comme projet politique, philosophique et économique pour le droit que l'on retrouve de manière générale autour du droit du libre commerce), 3° l'antécédent social (le fait de la société circulante en droit, par exemple les personnels navigants et leur catégorisation spécifique en droit), 4° l'antécédent ontologique (la circulation comme essence du droit, comme c'est le cas en matière de personnes, données, capitaux et déchets), 5° l'antécédent fondamental (la circulation comme fondement

<sup>19</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique* (travail original en italien remanié en 1945), trad. P. Gothot et L. François, Sirey 1975, rééd. Dalloz, 2002, préface P. MAYER ; voir également, notre commentaire : *Les ordres juridiques*, Dalloz, 2015.

<sup>20</sup> A. REINACH, *Les Fondements a priori du droit civil* (travail original publié en allemand en 1913), trad.R. De Calan, Vrin, 2004.

<sup>21</sup> J.-L. GARDIES, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, LGDJ, 1972.

<sup>22</sup> J.-S. BERGÉ, *Les situations en mouvement et le droit – Essai d'une épistémologie pragmatique*, Dalloz, 2021.

d'un système juridique, par exemple le système juridique de l'Union européenne et ses différents espaces de circulation) et 6° l'antécédent modal (les différentes modalités de la circulation qui façonnent le droit, notamment la perspective de l'émergence d'espaces normatifs de flux). Ces six entrées jouent un rôle déterminant dans l'approche critique des constructions du droit sur leur manière de saisir les situations en mouvement. Que ces antécédents soient pris effectivement en compte ou non dans la règle de droit, ils offrent une grille de lecture qui permet de prendre la mesure des différents phénomènes juridiques dans leur capacité – ou non – à fixer l'insaisissable: le mouvement!

Le troisième et dernier développement a trait aux contraintes que nous avons envisagées au paragraphe précédent. Voici le raisonnement que l'on peut proposer de tenir. Le droit repose très largement sur l'idée naïve de contraintes. Que la règle soit impérative ou supplétive, d'origine publique ou privée, elle a vocation potentiellement à lier. Elle est contraignante par le jeu d'une intervention externe, la force publique, ou elle peut le devenir, par le bon vouloir du sujet de droit qui s'oblige et se soumet ainsi à la contrainte. Ces contraintes à géométrie variable peuvent être déclinées sous toutes les formes possibles d'antécédents: un postulat, un pré-supposé, un préjugé, un paradigme, une croyance, un lieu commun, un biais, une émotion. Comme nous l'avons relevé plus haut, on peut postuler ou présupposer la contrainte, sans jamais avoir à la vérifier *a posteriori*. On peut la préjuger, à tort ou à raison. On peut en faire le cadre de pensée du droit. On peut tout simplement y croire. On peut aussi la traiter comme une banalité du droit. On peut y voir un biais qui réduit le droit à sa seule contrainte. On peut l'envisager comme une source d'émotions qui exercent une emprise sur la psychologie des agents, etc. Tout dépend de l'hypothèse que l'on envisage d'appréhender et du point de vue duquel on se place pour la traiter. S'il n'y a pas une seule précompréhension des contraintes, c'est qu'en réalité, il n'y pas une seule figure du droit. Les contraintes en droit écrit ne sont pas les *mêmes* que les contraintes en droit de tradition orale. Les contraintes d'un droit étatique ne sont pas les *mêmes* que les contraintes d'un droit international ou transnational. On ne sanctionne pas de la même manière une règle constitutionnelle, civile, pénale, administrative, locale, nationale, internationale, d'origine publique ou d'origine privée. L'approche au pluriel des antécédents n'est donc que le reflet de la dimension plurivoque des contraintes dans les différents droits. C'est tout le mérite, nous semble-t-il, de la démarche antécédente que de s'efforcer de mettre en scène, de façon quasi ostentatoire, cette diversité possible des approches du phénomène juridique. Saisir les contraintes comme autant d'antécédents, c'est s'autoriser à ouvrir très largement l'éventail des droits compris comme autant de phénomènes possibles et qu'on ne se lasse pas de découvrir.

A suivre...

---

**Éléments de bibliographie**<sup>23</sup>

---

- ABBOTT A.**, *Chaos of Disciplines*, University of Chicago Press, 2001.
- ADAM C., CAUCHIE J.-F., DEVRESSE M.-A. et al.**, *Crime, justice et lieux communs*, Larcier, 2014.
- AMSELEK P. et al.**, *Théorie du droit et science*, PUF, 1994.
- ANTONMATTEI P.-H., DURAND B., MAUSEN Y., et al. (dir.)**, *Juger et préjugés*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2016.
- ATIAS CH.**, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002.
- BARRY A., BORN G. (dir.)**, *Interdisciplinarity, Reconfigurations of social and natural sciences*. Routledge, 2013.
- BENAROYO L. et al.**, *Chemins de l'in(ter)disciplinarité. Connaissance, corps, langage*, L'Harmattan, 2019.
- BOTTINI E., BRUNET P., ZEVOUNOU L.**, *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014.
- COMMAILLE J., THIBAUT J.-F.**, *Des sciences dans la Science*, Alliance Athéna, 2014.
- JACOBS J.**, *Defense of Disciplines. Interdisciplinarity and Specialization in the Research University*, University of Chicago Press, 2013.
- KANT E.**, *Critique de la raison pure* (travail original en allemand remanié en 1787), trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, PUF, 2012, 8<sup>e</sup> éd.
- STRICKLER Y., BERGÉ J.-S., ORTOLANI M. (dir.)**, *Emotions et sciences : interactions*, L'Harmattan, 2021.
- TESTART A.**, *Essai d'épistémologie pour les sciences sociales*, CNRS Éditions, 2021.

---

<sup>23</sup> Indication de quelques monographies susceptibles d'être mobilisées au titre de la démarche antécédente.