SERVICE COMMERCIAL:
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
29, Avenue Robert Schuman – 13621 Aix-en-Provence Cedex 1
Tél. : 04-13-94-97-97 – puam@univ-amu.fr

ABONNEMENT : 3 numéros par an - Tarif 2022
Abonnement France & Étranger : 145 € (frais de port en sus)
Numéro France & Étranger : 50 € (frais de port en sus)

Chèque à l'ordre du régisseur des Presses universitaires d'Aix-Marseille
CB-0000100606779 TRESOR PUBLIC
IBAN : FR76 1007 1130 0000 0010 0606 779
BIC : TRPUFRP1

ISSN: 2970 - 2984

Composition et mise en page : Caroline PY
Réalisation de la couverture: Caroline PY

© 2023, Presses Universitaires d'Aix Marseille - PUAM
29, avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex 1
https://presses-universitaires.univ-amu.fr/editeur/puam

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.

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF

2022-3 N° spécial

Abréviation de référence : RRJ

N. XLVII - 189 (47e année – 189e numéro)
(3 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
J.-L. BERGEL
Ph. BONFILS
A. BUGADA
S. CIMAMONTI
J.-Y. CHÉROT
G. LARDEUX
F. ROUVIÈRE
A. LEBORGNE
U. NGAMPIO
J.-B. PERRIER
J.-M. PONTIER
E. PUTMAN
J.-C. RICCI
N. ROULAND

ÉQUIPE DE RÉDACTION

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

CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

– N° 36 –

LES FAITS ET LE DROIT

Actes du XVI[e] Congrès
de l'Association internationale de méthodologie juridique

Ce numéro a été réalisé sous la direction
de Mathieu DEVINAT et Nader HAKIM

LISTE DES CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Volumes I et II ***Les définitions dans la loi et les textes réglementaires***	RRJ 1986-4 et 1987-4
Volume III ***Les standards dans les divers systèmes juridiques***	RRJ 1988-4
Volume IV ***Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs***	RRJ 1989-4
Volume V ***Regards sur la méthodologie juridique***	RRJ 1990-4
Volume VI ***Méthodes d'intégration du droit communautaire au droit Français***	RRJ 1991-4
Volume VII ***Modes de réalisation du droit***	RRJ 1992-4
Volume VIII ***Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques***	RRJ 1993-4
Volume IX ***L'évaluation législative***	RRJ 1994-4
Volume X ***Analogie et méthodologie juridique***	RRJ 1995-4
Volume XI ***Méthodologie de la recherche juridique***	RRJ 1996-4
Volume XII ***Législation par référence***	RRJ 1997-4
Volume XIII ***Méthodes comparées de l'enseignement du Droit en France et à l'étranger***	RRJ 1998-4
Volume XIV ***Les dispositions transitoires***	RRJ 1999-5

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 RRJ 2009-5
L'émergence d'une culture judiciaire européenne

Volume XXIV RRJ 2010-5
Globalisation du droit et professions juridiques

Volume XXV RRJ 2011-5
Les normes privées internationales

Volume XXVI RRJ 2012-5
Les concepts en droit : usages et identité

Volume XXVII RRJ 2013-5
La pensée de Paul Amselek

Volume XXVIII RRJ 2014-5
L'évolution et la révision des concepts juridiques

Volume XXIX RRJ 2015-5
Le désaccord en droit.
Nouveaux regards sur l'argumentation en droit

Volume XXX RRJ 2016-5
La construction de l'accord et du désaccord en droit
Méthodes et épistémologie du désaccord

Volume XXXI RRJ 2017-5
Doctrine juridique et philosophie politique et morale

Volume XXXII RRJ 2018-5
Le raisonnement par cas.
Le raisonnement par cas en droit

Volume XXXIII RRJ 2019-5
Le formalisme juridique.
Méthodes et approches formelles du droit

Volume XXXIV RRJ 2020-3
La méthodologie de la recherche juridique pensée par ses acteurs

Volume XXXV RRJ 2021-3
La formation des juristes

Volume XXXVI RRJ 2022-3
Les faits et le droit

AVANT-PROPOS

Mathieu DEVINAT
Professeur, Université de Sherbrooke, Canada

Nader HAKIM
Professeur, Université de Bordeaux

Il est particulièrement ironique qu'un colloque consacré à la distinction entre le droit et les faits ait dû être reporté pendant deux années consécutives, en raison d'une certaine pandémie, pour se tenir finalement à Bordeaux, les 23 et 24 juin 2022. Néanmoins, l'enthousiasme manifesté par les conférencières et les conférenciers ainsi que la richesse des communications témoignent de l'intérêt, voir même de l'actualité de cette thématique qui est pourtant l'un des lieux communs les plus anciens de la méthodologie juridique. Le XVI[e] Congrès de l'*Association internationale de méthodologie juridique/International Association for Legal Methodology* a ainsi permis d'explorer différents points d'intersection entre le droit et les faits et de mettre au jour plusieurs interactions entre la discipline du droit et le monde *indiscipliné* des faits. Comme en témoignent les nombreuses contributions écrites de ce dossier, la distinction entre le droit et les faits demeure une source stimulante de réflexion et de théorisation, même si elle soulève généralement plus de questions que de réponses. Aussi l'ambition des auteurs n'est-elle pas de résoudre la quadrature du cercle mais de remettre sur l'établi, à nouveaux frais, un sujet qui travaille à la fois la théorie du droit, ses méthodologies et ses pratiques.

Les responsables des actes du colloque souhaiteraient profiter de cette occasion pour remercier les autres membres du Comité scientifique, la professeure Alexandra Popovici et le professeur Jean-Yves Chérot, de leur soutien indéfectible. Ils tiennent également à souligner l'apport décisif de l'Institut de recherche Montesquieu, l'accueil de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Bordeaux et l'appui de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, qui ont tous permis la tenue de ces journées qui ont regroupé plus d'une quarantaine de chercheurs aux horizons disciplinaires multiples. Enfin, ils aimeraient remercier le professeur Frédéric Rouvière d'avoir ouvert les portes de ce numéro spécial des *Cahiers de méthodologie juridique* et d'assurer ainsi la diffusion des actes.

TABLE DES MATIÈRES

Ce que nous dit l'organisation d'une nouvelle manifestation sur les rapports entre les faits et le droit
Réflexions sur la production des connaissances dans le champ juridique
Clotilde AUBRY DE MAROMONT 1379

Existe-t-il un concept juridique de fait ?
Frédéric ROUVIÈRE 1397

The Norms, Facts and Values Method
Claes MARTINSON 1415

Le juge et son estomac
Retour sur un mythe du réalisme juridique américain
Matthieu GAYE-PALETTES 1435

Le règne ambivalent des faits en droit probatoire
Gwendoline LARDEUX 1453

Fact or law?
Customary Law within the Swedish Doctrine of Legal Sources in a Historical Perspective
Adam CROON 1471

Les algorithmes rêvent-ils d'un droit factualisé ?
La doctrine universitaire face à l'effet factualisant de la justice algorithmique
Camille BORDERE 1489

Entre *professional law* et *political law*
Autour du « transfert » de la tradition romano-germanique en terres brésiliennes
Rafael SUGUIMOTO HERCULANO 1507

Problématiser en droit
Approche praxéologique du raisonnement juridictionnel
Julie COLEMANS 1523

L'Islam catégorisé par le droit positif
Juger la pertinence d'évoquer le référentiel islamique en rapport à une série de « faits »
Irene LIZZOLA 1541

Maât au Plateau de Kirchberg
Peser les faits, dire le droit, et ordonner les choses
François-Vivien GUIOT 1561

Le Semestre européen sauvera-t-il l'*État* de droit ?
Louise FROMONT et Arnaud VAN WAEYENBERGE 1581

VARIA

Fonction méta ou l'hypothèse d'une démarche antécédente
Propos sans rigueur sur une recherche au long cours
Jean-Sylvestre BERGÉ 1597

Comprendre la croyance dans un droit obligatoire
Olivier THOLOZAN 1613

TABLES GÉNÉRALES DE L'ANNÉE 2022

Table analytique des matières 1631
Table alphabétique des auteurs 1635

CE QUE NOUS DIT L'ORGANISATION D'UNE NOUVELLE MANIFESTATION SUR LES RAPPORTS ENTRE LES FAITS ET LE DROIT

RÉFLEXIONS SUR LA PRODUCTION DES CONNAISSANCES DANS LE CHAMP JURIDIQUE

Clotilde AUBRY DE MAROMONT
Maîtresse de conférences en droit privé

Résumé : Cet article pose l'hypothèse que l'intérêt renouvelé pour les rapports entre les faits et le droit est un symptôme des écueils de la production scientifique dans la discipline juridique française. D'un point de vue substantiel, la production des connaissances juridiques invite à adopter une logique d'étude *top down* et rationaliste du droit Cette approche, caractéristique d'un manque de pragmatisme de la recherche juridique, invite à un retour récurrent aux faits dont la discipline ne peut se déconnecter. D'un point de vue formel, la production des connaissances juridiques repose essentiellement sur une logique de flux et d'accumulation des connaissances plus que sur une logique de renouvellement du savoir par controverses scientifiques. Cette forme de la production des connaissances juridiques explique que l'on revienne de manière cyclique à l'étude de sujets déjà largement traités car on capitalise trop peu sur les connaissances déjà produites.

Mots-clés : Épistémologie – rationalisme – pragmatisme – controverses scientifiques – capitalisation des connaissances

Abstract *: This article tests the hypothesis that the renewed interest for the relationship between facts and law is a symptom of the pitfalls of scientific production in the French legal discipline. From a substantive perspective, the production of legal knowledge invites to use a top down logic and rationalist study of law, which are characteristics of a lack of pragmatism in legal research. From a formal perspective, the production of legal knowledge is essentially based on the logic of flow and accumulation of knowledge rather than on the logic of renewal of knowledge based on scientific controversies. This type of legal knowledge production explains why we regularly analyse some subjects, which have already been widely studied, because of the lack of knowledge accumulation.*

Keywords *: Epistemology – rationalism – scientific controversies – knowledge accumulation*

« De quelle façon, jurisconsultes, travaillons-nous en fait ? De quelle façon devons-nous travailler ? »[1].

Cette interrogation formulée par François Gény, au début de son ouvrage *Science et technique*, nous invite à un retour réflexif sur nos façons de produire des connaissances juridiques. La critique portée dans l'œuvre du professeur nancéien au début du XX^e^ siècle trouve toujours autant d'acuité. Mise en perspective avec l'organisation de ce congrès, la démarche invite à en questionner l'axe scientifique. Pourquoi organiser en 2022 une nouvelle manifestation sur un lieu commun et un objet bien balisé de la discipline, à savoir les rapports entre les faits et le droit ? De nombreuses études ont en effet déjà été consacrées à la thématique. Sans prétendre à l'exhaustivité, évoquons d'abord deux recherches collectives ayant marqué les esprits : celle de l'École de Bruxelles portée par Chaïm Perelman sur « La distinction du fait et du droit »[2] qui invite à questionner le raisonnement syllogistique partant de la règle de droit pour l'appliquer aux faits, mais aussi celle de Christian Atias et de Didier Linotte sur « le mythe de l'adaptation du droit au fait » qui propose de mettre en doute l'idée que le droit ne ferait que constater et consacrer scientifiquement ce qui est[3]. Inhérente au raisonnement juridique et notamment à l'opération intellectuelle de qualification, la distinction du fait et du droit se place au cœur de l'analyse du raisonnement juridique et judiciaire[4]. Henri Motulsky envisage ainsi la distinction comme un moyen de répartir les rôles entre les parties et le juge au long du procès[5]. Gabriel Marty la qualifie de « principe directeur » du procès permettant notamment à la Cour de cassation d'exercer un contrôle sur les juges des faits[6]. Évoquons aussi les travaux de sociologie juridique et de philosophie du droit qui relativisent la frontière entre les faits et le droit en analysant l'interpénétration de ces deux espaces (linguistiques). Georges Gurvitch mobilise notamment la catégorie de « faits normatifs » pour considérer,

---

1 F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. 1, *Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Sirey, 1921, n1 p. 3.

2 Ch. Perelman (dir.), « La distinction du fait et du droit », *Dialectica* 16(3-4), 1961, 338-610. Voir aussi spécifiquement Ch. Perelman, « La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien », *Éthique et droit*, édition de l'Université de Bruxelles, 5^e^ éd., 1988, p. 682-693.

3 Ch. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, p. 251.

4 Voir J. Rivero, « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du conseil d'État français », in *Le fait et le droit, Étude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 131. Voir également J.-F. Van Drooghenbroeck, *Cassation et juridiction. Iura dictit Curia*, Thèse, Louvain, 2033, Bruylant, Bruxelles, 2004, n° 29, p. 45 ; D. Louis-Caporal, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Thèse, Montpellier, 2014.

5 H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Lyon, 1948, Paris, Sirey, 1948, réimp. Paris, Dalloz, 2002 ; « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s. reproduit in Écrits, études et notes de procédure civile, Dalloz, 2010, p. 38-59.

6 G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Toulouse, 1929, Paris, Sirey, 1929, n° 4, p. 14.

dans une vision pluraliste, que le droit est le produit de faits qui, « dans un seul et même acte, engendrent le droit et fondent leur existence sur lui »[7]. Jacques Ellul développe en outre une analyse culturelle du droit qu'il considère comme un outil privilégié de médiation et de symbolisation de l'homme dans ses rapports avec le monde des faits[8]. Ces études, parmi tant d'autres[9], nous rappellent combien la thématique des rapports entre les faits et le droit a été explorée.

L'intérêt renouvelé qui est porté aux rapports entre les faits et le droit, qui plus est sous un angle méthodologique, interroge alors. L'organisation du congrès ne renseignerait-elle pas sur les orientations de la discipline, autrement dit, sur ses tendances, ses constances et ses ruptures épistémologiques ? Pour répondre à cette problématique, nous proposons d'étudier la récurrence de ce thème dans le champ juridique par une approche épistémologique c'est-à-dire à travers l'étude de la production des connaissances scientifiques dans la discipline[10]. Cette démarche constitue une voie heuristique pour interroger les paradigmes et les méthodes de l'élaboration du savoir[11]. En prenant pour objet d'étude la production des connaissances sur le droit et non le droit lui-même[12] pour mener une « recherche sur la recherche »[13], l'épistémologie permet une prise de recul sur nos façons de produire de la connaissance[14] en mettant au jour les choix méthodologiques qui orientent la connaissance dans chaque discipline. En opérant des choix méthodologiques, toute

---

7 G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, Paris, 1932, p. 52. Voir également *Éléments de sociologie juridique*, préf. F. Terré, Paris, Dalloz, 2012 (rééd. Aubier, 1940), p. 37-84.

8 Voir notamment J. Ellul, *Philosophie du droit*, Ed. La Table Ronde, Coll. « La petite vermillon », 2022.

9 À différentes époques et dans différentes branches du droit voir également : G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920 ; E. W. Patterson, « L'influence des faits sur les jugements de valeur juridique », in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, t. I (*Théorie générale du droit*), Sirey, 1963, p. 211 et s ; L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préf. de M. Gobert, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 212, LGDJ, 1990 ; J. Gaborde, « La considération du fait par le droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Travaux et recherches de l'université de Rennes I, Economica, 1995, p. 277 et s. ; P. Blondel, « Le fait, source du droit », in *Mélanges offerts à P. Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 203 et s. ; C. Xavier, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », in *Mélanges en l'honneur de J. Boré, La création du droit jurisprudentiel ?*, Dalloz, 2007, p. 511 et s.

10 Sur la nécessité d'adopter un point de vue critique sur les sciences au moyen d'une théorie de la connaissance, voir G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 1941, p. 10. Voir également, E. Morin, *La méthode. 3. La connaissance de la connaissance. 1. Anthropologie de la connaissance*, Seuil, 1986, p. 17.

11 Voir A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 2010, voir Épistémologie ; R. Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999, voir Épistémologie ; Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. « Précis », 2002, n° 3, p. 2-3.

12 Voir V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2e éd., 2016, nos 21 et s., p. 14 et s. Voir également, G. Kalinowski, « Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. Réflexions sur The Concept of Law de H. L. A. Hart et On Law and Justice d'Alf Ross », *APD*, T. 15, Philosophies du droit anglaises et américaines et divers essais, Sirey, 1970, p. 186.

13 P. Amselek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *APD*, T. 24, Les biens, Les choses, Sirey, 1979, p. 297, spéc. p. 298.

14 Cette prise de recul est parfois attachée à la démarche philosophique. L. Husson, « La philosophie du droit et les sciences humaines », *APD*, T. 7, Qu'est-ce que la philosophie du droit, 1962, p. 61, spéc. p. 78 « Il n'est pas de science qui n'appelle la réflexion philosophique, parce qu'il n'en

discipline détermine une ou plusieurs manières de connaître et en néglige d'autres. Dans le champ juridique, l'épistémologie juridique permet précisément de transformer les principes, les postulats et les dogmes de la science du droit en question[15] pour repérer les continuités et les ruptures dans la production du savoir juridique.

L'hypothèse que nous posons dans ce papier est la suivante : la discussion nouvelle établie à propos des rapports entre les faits et le droit est un symptôme de la crise épistémologique contemporaine de la discipline juridique. Depuis quelques années, les questions méthodologiques sont très prégnantes dans les facultés de droit[16] qui vivent un véritable « moment de doute et de réflexivité »[17] eu égard à l'enseignement et à la recherche juridiques. Ce congrès de l'AIMJ, qui s'inscrit dans le contexte de ce que Frédéric Audren et Ségolène Barbou des Places nomment un « moment disciplinaire »[18] de l'espace du droit, est le reflet de la mise en cause d'un positionnement méthodologique de la discipline. En effet, plus qu'une *summa divisio* du droit[19], qu'une technique juridique[20] ou encore d'un principe directeur du droit[21], la distinction entre les faits et le droit constitue le paradigme même de la discipline juridique[22]. En Occident, dans les pays sous influence romano-germanique comme la France, la science juridique est construite comme une science formaliste et rationnelle distanciée du monde des faits. Ce modèle épistémique de la discipline[23] détermine la manière dont sont produites les connaissances juridiques dans le fond

est pas qui ne soit par les découvertes qu'elle fait et par les difficultés qu'elle rencontre, amenée à s'interroger sur la portée de sa méthode et sur la signification des résultats qu'elle obtient »…

15 Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, *op. cit.* , nos 11 et s., p. 11 et s. ; « L'introuvable question de droit », *RTD civ.* 2010, p. 243.

16 Sans prétendre à l'exhaustivité, nous renvoyons notamment aux travaux des cahiers de méthodologie de la présente revue et à ceux de l'Association internationale de méthodologie juridique. Nous renvoyons aussi à tous les travaux de la collection « Méthode du droit » des éditions Dalloz.

17 V. Forray et S. Pimont, *Décrire le droit… et le transformer*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2017, n° 347, p. 291.

18 F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), « avant-propos », in *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, LGDJ, coll. « Contextes, Culture du droit », 2018, p. 1.

19 Voir G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 78. Voir également D. Louis-Caporal, *op. cit.*, n° 11, p. 26 et s.

20 H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s. reproduit in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 38-59.

21 G. Marty, *op. cit.*, n° 4, p. 14.

22 Nous employons le terme paradigme dans un sens Kuhnien. Pour Thomas Kuhn, les paradigmes sont « des découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à un groupe de chercheurs des problèmes types et des solutions » : T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. L. Meyer, Flammarion, 1983, p. 11.

23 Les échanges ayant eu lieu lors du congrès à Bordeaux à propos de cette contribution le 24 juin 2022 ont soulevé la particularité de la discipline juridique par rapport aux autres savoirs scientifiques notamment eu égard au fait qu'elle s'articule autour d'un paradigme unique de production des connaissances depuis l'époque romaine qui repose sur cette distanciation du monde du droit et du monde des faits. Le questionnement de cette distance dans un système romano-germanique comme la France est donc évocateur d'une crise traversée par notre savoir.

et dans la forme. Par sa science et sa technique, le juriste est amené à construire une distance entre les faits et le droit pour alimenter un système rationnel de régulation du monde social. C'est ce que Max Weber nomme « domination légale rationnelle »[24] qui repose sur une contrainte de la vie des hommes par l'édiction de règles générales et abstraites posées par l'État et dont le déploiement suppose un nécessaire décalage avec les faits[25]. L'hypothèse que nous posons dans cette contribution est que le positionnement épistémologique de la discipline qui repose sur une rationalisation de la vie sociale au moyen de la science et de la technique juridique n'est plus pleinement satisfaisant. La discipline juridique cherche donc à se réinventer autour d'autres paradigmes mais n'en est encore qu'à ses balbutiements.

L'intérêt renouvelé pour la thématique est un symptôme d'écueils à la fois formels et substantiels de la production scientifique dans la discipline juridique française. Sur le fond, la production des connaissances juridiques invite à adopter une logique d'étude du droit positif posé et interprété par les institutions – le législateur, le juge – qui éloigne la réflexion juridique de l'analyse des faits sociaux mais aussi du passage des faits au droit. Cette démarche d'étude *top down* et rationaliste du droit est caractéristique d'un manque de pragmatisme de la recherche juridique qui invite à un retour récurrent aux faits dont la discipline ne peut se déconnecter (I). Sur la forme, la production des connaissances juridiques repose essentiellement sur une logique de flux, d'accumulation, déclinée par spécialisation, par matière plus que sur une logique de renouvellement du savoir par controverses scientifiques. Cette forme de la production des connaissances juridiques explique que l'on revienne de manière cyclique à l'étude de sujets déjà largement traités tel que les rapports entre les faits et le droit car on capitalise trop peu sur les connaissances déjà produites (II).

I. Le manque de pragmatisme de la recherche juridique

Le pragmatisme, qui renvoie à l'« attitude intellectuelle qui privilégie l'observation des faits par rapport à la théorie »[26], est une notion polysémique et ambiguë qui peut être appréhendée très largement. Dans la mesure où elle est étroitement associée à la pratique du droit[27], et qu'elle participe au processus de production

[24] Voir notamment la publication française : M. Weber, *La domination, traduit de l'allemand par I. Kalinowski*, éd. Critiquée par Y. Sintomer, Paris, La Découverte, 2013.

[25] Voir A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll. « Sciences humaines », 2009.

[26] *Trésor de la langue française* informatisé, consultable en ligne : URL https://www.cnrtl.fr/definition/pragmatisme, consulté le 3 mai 2022.

[27] X. Bioy, « La signification du terme « recherche » dans le champ de la science juridique », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses acteurs*, *op. cit.*, p. 7-15, n° 5 ; A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *op. cit.* p. 79-130, n° 72 (en ligne sans pagination).

et d'amélioration du droit[28], la recherche juridique est parfois qualifiée de pragmatique[29]. Pourtant, dans le champ scientifique, le pragmatisme renvoie à une acceptation plus restreinte en désignant la démarche intellectuelle qui consiste à partir des faits pour monter en théorie et non l'inverse. Cette approche, qui trouve ses origines dans la philosophie analytique, dans l'observation anthropologique et ethnographique, constitue le cadre épistémologique de la sociologie pragmatique[30]. S'il ne s'agit pas d'un courant unifié, le pragmatisme scientifique oriente toujours l'analyse sur les faits réels, l'action et le comportement[31]. Dans cette conception, il s'agit de rendre compte des pratiques des acteurs par l'observation empirique.

Comme tout objet construit socialement par des acteurs, avec des intérêts et des représentations du monde, le droit peut être étudié par une approche pragmatique[32]. Il s'agit alors de porter attention aux pratiques des acteurs dans la production du droit, autrement dit à étudier le droit en train de se faire en partant des faits par une démarche *bottom up*[33]. Si cette approche pragmatique est répandue chez les sociologues, les anthropologues ou encore les politistes, elle est paradoxalement très peu déployée dans le champ juridique français à la différence, par exemple, du champ anglo-saxon très marqué par le réalisme juridique[34] et l'ouverture aux

---

28 J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Dr. et société*, n° 50, 2002, p. 105.

29 Jacques Chevallier considère ainsi que la démarche doctrinale des juristes est pragmatique dans la mesure où ils apportent une « une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions » : J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, p. 105.

30 Les travaux de Luc Boltanski et de Laurent Thévenot sur la justification sont venus poser les jalons d'une sociologie pragmatique : L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

31 Dans un récent ouvrage, Cyril Lemieux tente de donner une unité conceptuelle à la notion de sociologie pragmatique – ou sociologie des épreuves – malgré des différences de « style » et d'orientations théoriques entre les auteurs qui se réclament de ce label : C. Lemieux, *La sociologie pragmatique*, Paris, La découverte, 2018.

32 Voir les travaux précurseurs de la fin du XIX^e^ siècle de Wiliam James (W. James, « Philosophical Conceptions and Practical Results », *University Chronicle*, vol. 1, 1898, p. 288-310) et de Charles Sanders Pierce (C.-S. Peirce, « How to Make our Ideas Clear », *Popular Sience Monthly*, 1878, p. 286-302). En langue française, v. notamment le courant de l'école de Bruxelles : B. Frydman, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2011/07, en ligne http://www.philo-droit.be ; « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de Bruxelles », *RIEJ*, vol. 70, 2013, p. 92-93 ; « Le droit comme savoir et instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *RRJ*, n° 5, 2017.

33 Sur l'étude du droit comme un construit social voir C. Sintez, *Le droit construit, Penser le droit par le constructivisme*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », 2022.

34 Sur le courant réaliste du droit voir notamment les travaux du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit et en particulier ceux d'Éric Millard. Voir le Dossier « Alf Ross » dans le n° 50 de *Droit et Société* en 2002. Voir également É. Millard, « Réalisme scandinave, réalisme américain. Essai de caractérisation », *Revus*, 24, 2014, p. 81-97, https://journals.openedition.org/revus/2915. Voir aussi, O. Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit, Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, Strasbourg, 2002 et P. Brunet, « Le droit est-il dans la tête ? À propos de Karl Olivecrona, De la loi et de l'État.

sciences sociales[35]. La production des connaissances dans le champ juridique français invite à adopter une logique d'étude *top down* du droit qui vise à analyser le droit positif général et abstrait posé par les institutions. Ce positionnement éloigné du pragmatisme scientifique s'explique dans un contexte où l'ordre juridique repose principalement sur l'État et la souveraineté et est représenté comme hiérarchisé et centralisé, contexte ayant fortement évolué depuis une trentaine d'années. Alors que les écueils du pragmatisme scientifique étaient déjà bien présents dans un contexte étatocentré du droit, ils se sont nettement accentués sous l'effet de l'évolution de ce contexte. Il est alors intéressant d'étudier la mutation de la production des connaissances juridiques sous l'effet de l'évolution du contexte de la production du droit. Très éloignée du pragmatisme scientifique à ses origines (A), la recherche juridique est mise en tension et s'ouvre à cette approche ces dernières années (B).

A. L'éloignement du pragmatisme scientifique dans la recherche juridique

Le positionnement épistémologique de la discipline juridique est toujours le résultat d'une trajectoire historique, sociale et politique[36]. L'influence de ce contexte est en effet très forte sur la production des idées[37]. L'anthropologie de la connaissance juridique se déploie alors comme une voie heuristique pour saisir le lien entre le contexte et les savoirs juridiques[38]. Dans les pays sous influence romano-germanique comme la France, la science juridique est construite comme une science formaliste et rationnelle distanciée du monde des faits. En effet, depuis

---

Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit, trad., P. B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011 », *Jus politicum*, n° 8, 2012.

35 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.

36 Le droit et le savoir qui s'y rapporte n'est jamais neutre et autonome par rapport au champ politique, parce qu'il s'agit toujours d'une construction sociale élaborée par les acteurs agissant avec intérêt et portant des représentations du monde. Voir notamment J. Commaille, « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et Société*, 2010/3, 76, p. 695-713 ; A.-S. Chambost, « "Ce n'est pas du droit…". L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2015, n° 35, p. 497-538, spéc. p. 507.

37 Edgar Morin a précisément travaillé sur l'influence de la culture sur les idées des hommes dans sa grande œuvre « La méthode » en étudiant dans le Tome 4 « Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation ». L'auteur observe que des « représentations collectives », une « conscience collective », un « imaginaire collectif » gouvernent la construction de la pensée. E. Morin, *La méthode*. 4. *Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Seuil, 1991, p. 20-21. p. 19 : « l'hypercomplexe machinerie socio-culturelle comporte non seulement un noyau organisationnel profond (paradigmatique) qui commande/contrôle l'usage de la logique, l'articulation des concepts, l'ordre des discours, mais aussi des modèles, schémas, principes stratégiques, règles heuristiques, pré-constructions intellectuelles, structurations doctrinaires ».

38 « La culture fournit à la pensée ses conditions de formation, de conception, de conceptualisation. Elle imprègne, modèle et éventuellement gouverne les connaissances individuelles. Il s'agit ici non tant d'un déterminisme sociologique extérieur que d'une structuration interne. La culture et, via la culture, la société sont à l'intérieur de la connaissance humaine » : *ibid.*

l'époque romaine, le juriste Occidental est invité à construire un ordre juridique en détachement du monde social pour mieux le réguler. Le juriste n'est pas seulement un fin connaisseur de la technique, des opérations et des concepts juridiques. Il élabore le droit par son savoir[39]. Comme l'exprime très justement Aldo Schiavone dans ses travaux sur l'invention du droit en Occident, « le juriste est le plus grand producteur du droit »[40]. Pour ce faire, il use de concepts généraux et abstraits à vocation totalisante pour saisir la réalité et mieux la contrôler. Ce positionnement ancré dans notre dite « tradition de droit civil » s'est concrétisé par l'avènement de l'État moderne légal rationnel qui repose sur une dissociation du droit des normes générales et abstraites, d'une part, et de l'empirie et du réel, d'autre part. Le juriste construit la réflexion générale et abstraite au service de la construction de l'État[41]. Dans les pays de tradition romano-germanique, le droit et la science du droit sont donc d'abord rattachés à l'État[42] et l'ordre juridique est représenté comme hiérarchisé et centralisé[43]. Ce résultat qui est un acquis en sciences sociales est notamment le résultat des études des sociologues et, tout particulièrement, de Pierre Bourdieu à propos du champ juridique[44] et de ses travaux sur l'État[45]. La forme du droit Occidental s'explique dans un contexte de domination légale rationnelle des États modernes[46]. Selon Max Weber le « rationalisme légaliste » est une forme de domination reposant sur une croyance dans l'autorité des règles abstraites et impersonnelles posées par les autorités légitimes de l'État de droit[47]. Dans le monde

---

39 J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, 1996, p. VI. Voir également P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2003, p. 16.

40 A. Schiavone, *Ius, L'invention du droit en occident*, Belin, 2008, p. 52.

41 « Le droit est considéré comme un outil de première importance dans le cadre de la théorie de la domination politique étatocentrée » : M. Garcia Villegas, « On Pierre Bourdieu's Legal Throught », *Droit et société*, 56-57/2004, p. 57-71.

42 Comme l'observe Jacques Commaille, « Les savoirs sur le droit sont très étroitement reliés à la culture juridique à laquelle on appartient, au type d'État concerné (fédéral vs centralisé), aux traditions juridiques, à la place des juristes par rapport au pouvoir politique et à leur statut dans la régulation de la société. Dans les pays sous influence romano-germanique, le droit est d'abord rapporté à l'État. Il est l'expression de la souveraineté de l'État. Il assure une position privilégiée aux « légistes » par rapport au pouvoir politique. Les analyses sur le droit ont en fait longtemps été influencées par cette représentation du droit liée à celle d'un État central quelque peu mystifié où il revient aux détenteurs du savoir juridique de tenter de conserver le monopole d'une représentation du droit conforme à une représentation pyramidale du monde politique et social » : J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio essais, 2015, p. 26.

43 E. Millard, « Pour une utilisation critique de l'anthropologie du droit par les juristes… et les anthropologues du droit ! », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2004, *Revue Droit et Culture* Hors séries, 2004/4.

44 P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, De quel droit ?, 1986, p. 3.

45 P. Bourdieu, *Sur l'État. Cours au collège de France (1989-1992)*, Seuil, coll. « Sciences humaines », 2012.

46 Voir notamment la publication française : M. Weber, *La domination, traduit de l'allemand par I. Kalinowski*, éd. Critiquée par Y. Sintomer, Paris, La Découverte, 2013.

47 Sur les ambiguïtés du concept de rationalité dans la pensée de Max Weber, voir C. Colliot-Thélène, « Retour sur les rationalités chez Max Weber », *Les champs de mars*, 2011/2, n° 22, p. 13-30.

Occidental, on régule les rapports sociaux par le recours au droit étatique que l'on détache de la réalité sociale pour mieux la réguler[48].

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que la discipline juridique soit éloignée du pragmatisme scientifique. En effet, les juristes partent du droit posé et non des faits pour bâtir et préserver un ordre juridique cohérent autour de techniques, d'opérations et de concepts rationnellement et théoriquement construits. La généralisation et l'abstraction de la recherche juridique sont vues comme les meilleurs moyens d'atteindre la revendication de complétude et de cohérence du droit que les juristes se destinent à mettre en forme. Comme l'observe Jacques Chevallier « le droit ne peut remplir en effet la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition d'atteindre un certain degré d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent »[49]. La généralisation et l'abstraction inhérente au rationalisme de la pensée juridique sont donc devenues les outils constitutifs de la science du droit et, avec l'avènement de la modernité, de la règle de droit.

Ce positionnement épistémologique de la discipline juridique présente des écueils identifiés depuis longtemps : la distanciation entre la théorie et la pratique du droit[50], le cloisonnement entre le droit et les sciences sociales ou encore le point de vue occidentalo-centré sur le droit étatique et les institutions[51]. En faisant le choix de former les juristes par les textes et la technique[52], on s'éloigne de la pratique, de la société et des autres systèmes juridiques. La recherche subit, par répercussion, le même travers[53]. L'autonomisation du droit et des sciences sociales provoque notamment un aveuglement du formalisme juridique par rapport aux contextes sociopolitiques[54] qui laisse aussi en marge les liens entre les faits sociaux et la production et les effets de la norme. L'organisation d'une nouvelle manifestation sur les rapports entre les faits et le droit par l'AIMJ est, selon nous, le symptôme des difficultés liées à ce positionnement épistémologique d'une discipline juridique en crise.

---

48 F. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2016, p. 123.

49 J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.* p. 105.

50 Voir H. Croze, « Confessions d'un cumulard – Essai de schizophrénie juridique », *Gaz. Pal.*, 28-30 oct. 2012, p. 10.

51 Marie-Claire Ponthoreau observe alors comment la doctrine comparatiste a dû opérer son « methodological turn » au cours des années 2000 invitant à privilégier l'ouverture aux sciences sociales, en articulant la norme juridique aux différents contextes (linguistique, historique, social, politique…), et à se détourner ainsi de la démarche positiviste et techniciste : M.-C. Ponthoreau, « La comparaison des droits (constitutionnels). Passerelle entre les sciences sociales : ouvertures et limites », », in C. Aubry de Maromont (dir.) et F. Rouvière (Resp.), *Cahiers de méthodologie* n° 33, « La méthodologie de la recherche juridique pensée par ses acteurs », *RRJ*, 2021, p. 1571-1598.

52 F. Audren, « L'invention de la "technique juridique" », *Conférence prononcée* le 18 mars 2019 (en ligne).

53 X. Bioy, *op. cit.*, p. 7-15, n° 5

54 La formule est empruntée à Véronique Champeil-Desplats qui évoque un « aveuglement aux contextes sociopolitiques » ou encore un « aveuglement du formalisme juridique » : Voir Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 239 et s. p. 151 et s.

B. L'ouverture au pragmatisme scientifique dans la recherche juridique

En invitant à penser la production scientifique dans son contexte d'élaboration, l'épistémologie et l'anthropologie de la pensée juridique invitent aussi à envisager l'évolution des approches et des méthodes d'analyse juridique en fonction de la transformation des contextes. Dans le champ juridique, si la démarche doctrinale s'accommode bien d'une étude étatocentrée du droit portée sur les textes et la jurisprudence, elle s'accommode bien moins d'une étude d'un droit en action émanant des acteurs de la société et d'une pluralité de sources. Or, à la conception d'un droit produit exclusivement par l'État, et pensé en surplomb de la société (*top down*), s'est substitué, ces dernières années, la conception d'un droit émanant de la société (*bottom up*), c'est à dire des acteurs du bas, par l'action de tout un ensemble de parties prenantes[55]. Ces transformations de la conception du droit, par les évolutions, sur le temps long, des modalités d'intervention de l'État, influent sur le droit et la science du droit[56]. Comme le résume bien, sous la forme d'une hypothèse très stimulante, Mauricio Garcia Villegas dans son étude comparée des champs juridiques en France et aux États-Unis,

> « Plus le droit est proche du pouvoir, plus il sera autonome et plus la connexion entre le droit et les sciences sociales sera faible. À l'opposé, plus le droit est proche de la société et du marché, plus sera faible l'autonomie de la doctrine juridique et plus sera forte la connexion entre le droit et les sciences sociales »[57].

Envisager le droit en réseau[58], par une pluralité de sources[59], dans une perspective plus horizontale que verticale[60], invite à s'émanciper des doctrines positivistes attachées au droit *top down* centrées sur les textes et la jurisprudence[61]. Le récent ouvrage de Cyril Sintez sur le droit construit envisage précisément ce tournant épistémologique de la discipline juridique en démontrant que le droit

---

55 Sur l'arme de revendication que constitue le droit, voir C. Herrera, *Par le droit, au delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2002 ; L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Les Presses de Sciences po, 2009.

56 J. Chevallier, *L'État post moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 5e éd., 2017.

57 M. Garcia Villegas, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux États-Unis », in *L'année sociologique*, 2009/1, vol. 59, p. 29-62, spéc. p. 55.

58 F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, coll. « Droit », 2010.

59 Voir N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais, *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, 2011.

60 J. Chevallier, *L'État post moderne*, *op. cit.*

61 Voir C. Aubry de Maromont, « C'est quoi, au juste, faire de la recherche juridique ? Controverses sur la méthode », in C. Aubry de Maromont (dir.) et F. Rouvière (Resp.), *Cahiers de méthodologie* n° 33, *op. cit.*, p. 1297-1322.

contemporain devrait plutôt être pensé comme étant produit par des acteurs que posé par des institutions[62].

Ce tournant contextuel de la discipline s'observe dans la production scientifique caractérisée par une volonté de retourner la pensée vers les faits. Les importants travaux menés, notamment, par les écoles de norme sur la transformation des sources du droit[63], sur le droit souple[64], le droit global[65], le droit vivant[66], mais aussi l'interactionnisme[67], en sont le reflet le plus significatif. Ces recherches invitent à basculer vers une étude d'un « droit en train de se faire », d'un « droit en action »[68] d'un « droit des acteurs »[69], que l'analyse pragmatique du droit permet de réaliser. Il s'agit notamment de se reconnecter aux faits sociaux par une ouverture de la discipline aux sciences sociales, par une étude plus fine de la pratique du droit et par une décentration du regard occidentalo centré du droit.

Si l'ouverture du champ juridique aux sciences sociales n'est pas nouvelle, des étapes supplémentaires ont été franchies ces dernières années dans la mesure où des juristes sautent le pas de l'interdisciplinarité pour emprunter les méthodes des sciences sociales. Un renouvellement dans la production du savoir juridique s'observe par une ouverture au pragmatisme scientifique[70]. La praxéologie, également appelée ethnométhodologie, qui s'intéresse aux conditions de déploiement du raisonnement pratique[71], nous semblent constituer le démarche la plus aboutie vers l'ouverture car elle invite à un véritable croisement de la pensée technicienne

---

62 C. Sintez, *op. cit.*

63 Voir la publication la plus récente : C. Thibierge *et alii, La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare&Martin, 2021 ; Voir également N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais, *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, 2011.

64 Voir notamment C. Thibierge, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

65 Voir notamment B. Frydman, *Comment penser le droit global ?, Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01, http://wwwphilodroit.be.

66 Voir notamment P. Deumier, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Économica, coll. « Recherches Juridiques », 2002.

67 E. Jeuland et E. Picavet, *Interactionnisme et norme. Approche transdisciplinaire*, IRJS éditions, Coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, T. 68, 2016.

68 B. Latour, *La science en action, Introduction à la sociologie des sciences*, La découverte, Folio, 1989 (Science in Action – Haw to Follow Scientits and Engineers throught Society, Cambridge and London, Harvard UP, 1987).

69 Voir C. Sintez, *op. cit.*

70 Voir notamment les travaux de l'École de Bruxelles (*op. cit.* note 36) Voir également quelques travaux récents fondés sur la sociologie pragmatique : Voir Champeil-Desplats, J. Porta et L. Thévenot, « Introduction : une expérience de recherche coopérative et transverse entre droit et sciences sociales », *Revue des droits de l'homme*, 11, 2019 ; Voir A. Chappe, R. Juston Morival, O. Leclerc (dir.), « Le travail de la preuve », Dossier dans *Droit et Société* 2022/1, n° 10, p. 7-105.

71 B. Dupret, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 173 et s. ; « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et Société*, 75, 2010, p. 315.

du droit et contextuelle des sciences sociales[72]. Au-delà de l'émergence d'un droit « *bottom up* » invitant à changer le paradigme d'analyse du droit, tout un ensemble de raisons expliquent ce franchissement. D'abord, les méthodes et le cadre théorique des sciences sociales sont aujourd'hui bien mieux balisés qu'ils ne l'étaient il y a quelques années[73]. Ensuite, les juristes s'inspirent d'autres manières d'étudier le droit[74] car les juristes voyagent et que leurs savoirs circulent[75]. Par ailleurs, des instruments de financement de la recherche publique tels que le GIP justice se déploient pour encourager ces approches pragmatiques dans le domaine juridique[76]. En outre, des institutions telles que le Centre National de Recherche Scientifique ou encore l'École des Hautes Études en Sciences Sociales favorisent ces approches pragmatiques d'étude du droit.

Dans ce contexte d'ouverture de la science juridique au pragmatisme scientifique, l'on comprend bien l'intérêt renouvelé pour les rapports entre les faits et le droit sous l'angle méthodologique. La récurrence de l'approche thématique s'explique aussi par la forme de la production scientifique de la discipline juridique qui demande à se renouveler autour de nouveaux paradigmes. Or, la production des connaissances juridiques repose encore essentiellement sur une logique d'accumulation des savoirs déclinés en spécialités et non sur une logique de renouvellement des savoirs par controverses scientifiques.

II. Le manque de capitalisation de la recherche juridique

La capitalisation de la recherche, nommée également capitalisation des connaissances[77], peut être définie comme l'action, pour un chercheur, de prendre en compte les savoirs scientifiques accumulés sur un objet de recherche — le plus souvent en effectuant un état de la littérature le plus exhaustif possible — afin de se positionner par rapport à ce savoir et d'identifier des controverses scientifiques

---

72 Voir M. Travers et J. Manzo (eds.), *Law in Action : Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Aldershot, Ashgate, 1997 ; T. Scheffer, K. Hannken-Illjes et A. Kozin, *Criminal Defence and Procedure. Comparative Ethnographies in the United Kingdam, Germany, and the Unites States*, Basingstoke, Palgrave Macmilan, 2010 ; B. Dupret, J. Colemans et M. Travers (eds.), *Legal Rules in Practice. In the Midst of Law's Life*, Abingdon, Routledge, 2021.

73 Voir par exemple M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 11e éd., 2001.

74 Sur l'influence du réalisme américain voir les travaux cités plus hauts en note 39.

75 Sur « Le juriste en voyageur » voir F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, *op. cit.*, p. 267.

76 Voir C. Aubry de Maromont, O. Provini et C. Noûs, « Quand les instruments de financement de la recherche redessinent les pratiques et les représentations des chercheur.se.s. Étude sur les effets du GIP justice dans le champ juridique », à paraître.

77 Avant d'être utilisé dans le champ scientifique, le concept de capitalisation des connaissances a émergé dans les organisations et les entreprises pour favoriser l'innovation. La capitalisation se déploie comme instrument gestion des connaissances assimilées à des « valeurs » produites dont il convient de rentabiliser l'usage. Voir N. Ikujiro, « The knowledge-Creating Company », *Harvard Buisness Review*, vol. 85, n° 7-8, 2007.

existantes[78]. L'enjeu est alors de produire de nouvelles connaissances et d'éviter, grâce à la capitalisation, de générer des connaissances *a priori* nouvelles mais qui, dans les faits, ne le sont aucunement. Si on ne capitalise pas sur l'existant, on se destine à retraiter les mêmes sujets. Sans porter de jugement de valeur sur cette non capitalisation, il est possible de chercher à l'expliquer. D'abord, l'on observera que la non capitalisation est un écueil du champ scientifique dans son ensemble (A), avant de démontrer que cet écueil est nettement accentué dans le domaine juridique pour des raisons inhérentes aux modes de production des connaissances dans le champ (B).

A. La non capitalisation des connaissances caractéristique de la production scientifique

La non capitalisation des connaissances n'est pas propre au champ juridique mais caractérise la production scientifique dans son ensemble. Trois constats peuvent être formulés à ce propos. En premier lieu, l'accumulation des connaissances est inhérente à la production scientifique qui se caractérise par un effort constant d'approfondissement sur des sujets ou selon des paradigmes qui resteront longtemps à l'abri des controverses. L'exploration de certaines grandes thématiques sur le temps long, par des intérêts scientifiques répétés, est un phénomène classique de la production scientifique. C'est ce que Thomas Kuhn appelle la science normale qui se développe au cours de longues périodes de stabilité. Émergent, dans ces périodes, « un ensemble d'illustrations répétées et presque standardisées »[79]. En sciences sociales ce phénomène est étudié depuis quelques années sous l'angle de la « cumulativité des savoirs » [80].

Ensuite, ce phénomène est accentué par les logiques de recherche en silo par discipline et par spécialité. Des recherches sont menées sur des sujets similaires avec des méthodes et des points de vue différents souvent parce que la science s'est hyperspécialisée, hypercompartimentée et que l'on ignore précisément ce qui est exploité dans les autres spécialités et les autres disciplines. C'est ce que le

---

[78] La capitalisation des connaissances se distingue de la cumulativité du savoir qui renvoie en l'étude de l'accumulation des connaissances inhérente à la production scientifique : B. Walliser (dir.), La cumulativité du savoirs en sciences sociales, EHESS, Paris, 2009, open édition 2020 https://books.openedition.org/editionsehess/20527. Voir également D. Pumain (dir.), « La cumulativité des savoirs en sciences sociales », X[e] colloque annuel du Groupe d'Études « Raison et rationalités », *Revue européenne des sciences sociales*, XLIII-131, 2005, en ligne <https://journals.openedition.org/ress/353>.

[79] Ces états de l'art existent dans la mesure où la science procède par renouvèlement de paradigmes. Dans la logique de la découverte scientifique Karl Popper aborde ainsi les théories comme des constructions de l'esprit dont les postulats peuvent être infirmés dès lors qu'apparaissent des éléments de connaissance nouveaux. Par ailleurs, dans son ouvrage La structure des révolutions scientifiques, Thomas Kuhn soulève qu'une théorie ne devient véritablement scientifique qu'à compter du moment où elle peut être remise en cause : T. Kuhn, *op. cit.*, p. 118.

[80] Voir D. Pumain (dir.), *op. cit.* ; B. Walliser, *op. cit.*

philosophe Edgard Morin nomme « connaissance aveugle » liée à l'hyperspécialisation qui déchire et morcelle « le tissus complexe des réalités » étudiées[81]. Des sujets similaires sont traités dans différentes disciplines ou spécialités avec des angles de vue différents mais complémentaires dont il n'est pas nécessairement tenu compte.

Enfin, la non capitalisation aussi accentuée par les réformes néolibérales de la recherche ces dernières années. Ces réformes incitent à la mise en place de stratégies de publication en masse et à des logiques de distinction pour marquer sa spécificité de chercheur, notamment dans la perspective de capter des ressources (financement de recherche, poste, etc.). Depuis quelques années, l'activité de recherche est orientée vers une logique quantitative de production mesurée par *impact factor*. La bibliométrie s'est développée dans ce contexte pour mesurer le niveau de production scientifique et son impact[82]. Le « *publish or perish* » est devenu le mot d'ordre invitant à moins capitaliser sur l'existant et plutôt à multiplier les publications sur des sujets déjà traités avec des angles différenciés. Dans ce contexte, chaque chercheur veut tracer son sillage et imprégner sa marque de recherche afin de se distinguer. Les traits d'une pensée originale sont donc parfois forcés par des stratégies d'autonomisation de la production scientifique proposée, alors que la recherche porte sur des sujets déjà traités autrement par d'autres méthodes ou d'autres cadres théoriques.

B. La non capitalisation des connaissances accentuée dans le champ juridique

Si la non capitalisation des connaissances caractérise la production scientifique dans son ensemble, cet écueil est nettement accentué dans le champ juridique[83]. La recherche juridique tient une place relativement singulière dans le champ scientifique[84] car elle repose sur une logique de production des connaissances en flux et par spécialité plus que sur une logique de renouvellement du savoir par controverses scientifiques[85]. Cet écueil s'explique en raison du positionnement très ambigu du juriste qui ne produit pas des connaissances pour participer aux controverses scientifiques du champ en apportant des savoirs novateurs[86]

---

81 E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, coll. « Essais », 1990, p. 15.

82 Voir G. Filliatreau, « Bibliométrie et évaluation en sciences humaines et sociales : une brève introduction », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2008/5, n° 55-4 bis, p. 61-66.

83 Voir G. Samuel, *Is legal knowledge cumulative ?*, Cambridge university press, 2022.

84 Voir notamment C. Grzegorczyk, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit (remarques méthodologiques) », *APD*, T. 22, La responsabilité, 1977, p. 177 et s. ; O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, T. XLI, 2003, n° 128, p. 129 et s.

85 En ce sens « l'accumulation des "savoirs"est consubstantielle au droit » : P. Moore, « Savoirs juridiques et savoirs sur le droit », in D. Pumain (dir.), *op. cit.* p. 13-22.

86 Voir notamment K. Bertenstein et C. Landheer-Cieslak, « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s) ? », in T. Tanquerel et A. Flückiger, *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux*

mais afin de produire une recherche « utile » pour l'ordre juridique[87]. En France, contrairement aux pays de *common law*, le juriste chercheur et universitaire (*legal academic* ou *legal scholar*) n'est pas distingué du juriste praticien (*lawyer*)[88]. Les juristes français proposent donc une analyse du droit en vigueur avec pour finalité de le rationnaliser et, in fine, à l'améliorer. Leur démarche consiste à repérer les incohérences de l'ordre juridique pour les corriger au moyen de la technique juridique[89]. La recherche fondamentale en droit n'est ainsi pas distinguée de la recherche appliquée, ce qui explique ce positionnement ambigu. L'approche a des répercussions sur la production du savoir qui s'ancre ainsi davantage dans une logique de production par accumulation de données plus que par renouvellement, par prescription plus que par description, par commentaire d'actualité plus que par analyse fondamentale[90]. Comme la production du savoir juridique est en outre reliée à la construction de l'ordre social, il est délicat de remette en cause les grands paradigmes produits qui participent à la solidité de l'édifice.

Ce positionnement épistémologique de la discipline juridique rend plus délicate la capitalisation sur l'existant. Le trait le plus marquant de cette non capitalisation tient dans la place très reculée des états de l'art ou de la littérature dans la discipline juridique. En sciences comme en sciences sociales, des états de l'art et de la littérature précèdent généralement une étude pour s'inscrire en rupture ou en continuité de la production scientifique existante. Par exemple, les introductions de thèses en sciences sociales (science politique, sociologie, et anthropologie par exemple) font des états de la littérature et identifient des controverses scientifiques dans lesquelles les chercheurs doivent se positionner et apporter des résultats innovants par leur étude empirique, leur cas, leurs données et leur approche[91]. Dans le domaine juridique, ces états de l'art sont rarement réalisés[92].

---

et méthodes, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2015, p. 94 et s., spéc. p. 104.

87 Voir J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.* p. 105.

88 R. Encinas de Munagorri, S. Hennette-Vauchez, C.-M. Herrera et O. Leclerc, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Kimé, Paris, 2016, p. 21.

89 Sur les orientations de la recherche juridique française, voir notamment É. Picard, « Science du droit ou doctrine juridique », *Mélanges en l'hommage de R. Drago, L'unité du droit*, Économica, 1996, p. 119 ; J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.* ; X. Bioy, *op. cit.*, p. 7-15, n° 5.

90 « Le droit se déploie lui-même en se connaissant. Il est, sous cet angle, une activité de production de sens qui se caractérise par l'autoréférentialité des connaissances qu'elle produit » : P. Moore, « Savoirs juridiques et savoirs sur le droit », in D. Pumain (dir.), *op. cit.* n° 11.

91 K. Bertenstein et C. Landheer-Cieslak, « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s) ? », in T. Tanquerel et A. Flückiger, *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2015, p. 94 et s., spéc. p. 104.

92 Le courant de la recherche sur le droit invite toutefois à capitaliser sur l'existant en faisant des états de l'art. Ce courant s'intéresse d'ailleurs à la production des connaissances juridiques, à la littérature de manuels, à la création des blogs juridiques, à l'activité des professionnels du droit.

***

Au terme de cette contribution, l'on conclura que l'organisation d'une nouvelle manifestation sur les rapports entre les faits et le droit est un symptôme de la crise épistémologique vécue par la discipline juridique. L'intérêt renouvelé pour la thématique révèle des écueils à la fois substantiels – le manque de pragmatisme – et formels – le manque de capitalisation – de la recherche juridique. C'est le paradigme même de la discipline juridique développée comme science formaliste et rationnelle distanciée du monde des faits qui est mise en débat par ce congrès méthodologique. Les différentes contributions se font l'écho, chacune à leur manière, de cette crise disciplinaire. La responsabilité épistémique du juriste l'invite alors à questionner son positionnement dogmatique centré sur le droit positif posé par les institutions dans une société où la norme est coconstruite et où les rapports entre les faits et le droit sont en interaction constante.

EXISTE-T-IL UN CONCEPT JURIDIQUE DE FAIT ?

Frédéric ROUVIÈRE
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit

Résumé : L'objectif de cette contribution est de montrer que le concept juridique de fait a une double dimension, technique et épistémologique, qu'il est difficile d'unifier. Au plan technique, on observe l'existence d'une véritable qualification juridique de fait qui s'illustre par le régime probatoire et l'appréciation souveraine des juges du fond. Au plan épistémologique, on constate que le fait est toujours moins formalisé que ce qu'on désigne par « le droit » bien que cette opposition soit plus un continuum qu'une distinction aux bords nets. Ses fonctions s'illustrent alors tant par son rôle argumentatif que strictement épistémologique, c'est-à-dire en tant que « cas ».

Mots-clés : Fait juridique – qualification – cas – argumentation

Abstract: The objective of this contribution is to show that the legal concept of fact has a double technical and epistemological dimension that is difficult to unify. On the technical level, we observe the existence of a true legal qualification of fact which is illustrated by the probatory regime and the sovereign appreciation of the judges of the court. At the epistemological level, we note that the fact is always less formalized than what is designated by « the law », although this opposition is more a continuum than a distinction with clear edges. Its functions are then illustrated as much by its argumentative role as by its strictly epistemological one, i.e. as a « case ».

Keywords: Legal fact – qualification – case – argumentation

1. Pour un concept juridique de fait. Le concept juridique de fait paraît reposer sur un paradoxe : s'il est *juridique* il n'est donc pas du fait, en vertu de la distinction du fait et du droit[1]. Cette distinction est en effet l'une des données fondamentales de la plupart des systèmes juridiques même si elle n'a pas la même portée ni la même signification en *common law*[2]. Elle existe depuis le droit romain lequel distingue les actions découlant de la loi et de l'édit du prêteur et les faits débattus devant un juge choisi parmi les citoyens[3]. Cette distinction est sans doute encore plus saillante pour les systèmes reposant sur la cassation comme c'est le cas du droit français. En effet, la Cour de cassation est juge du droit et non du fait[4].

Cette distinction entre le droit et le fait a pour conséquences de laisser les faits dans l'ombre du droit. Leur caractère contingent les rend négligeables, ils sont alors relégués au rang des évènements et des vicissitudes quotidiennes, loin des concepts, des catégories et des qualifications stables qui constituent le droit.

L'objet de cette étude est de renverser cette analyse traditionnelle en essayant de prendre le fait au sérieux. Si le droit s'identifie à ses catégories, il paraît rejeter le fait en dehors des qualifications. Pour preuve, selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, le fait est l'objet principal de la qualification[5]. Mais se pourrait-il que le fait soit lui-même une qualification[6] ?

À première vue, cela paraît absurde puisque le fait ne peut qualifier du fait. Pourtant, si une qualification existe en raison d'un régime juridique attaché à une catégorie, alors, force est de reconnaître que le fait a bien un régime. Premièrement, le fait doit être prouvé[7]. Le droit de la preuve constitue alors une pièce essentielle

---

1 C. Xavier, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 518.

2 Voir à ce sujet la distinction entre les cours suprêmes qui sont des troisièmes degrés de juridiction et celles qui ne le sont pas : D. Louis, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, thèse dactyl. Montpellier, 2014, n° 67 s., p. 72 s.

3 Si la distinction est susceptible de nuances (F. Walter, *Histoire de la procédure civile chez les Romains*, traduite de l'allemand par Édouard Laboulaye, Paris, A. Durand, Paris, Joubert, 1841, p. XIV), elle est désormais considérée comme ayant été constitutive du procès romain : N. Cornu-Thénard, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : études sur les principes de la distinction entre fait et droit,* thèse dactyl. Paris 2, 2011, p. 94 ; J. Vidalin, *Le droit et le fait. Remarque sur l'articulation du procès romain*, Bordeaux, Publications de la Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1975, n° 8.

4 COJ art. L. 411-3 ; la même remarque vaut pour le Conseil d'État : « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du conseil d'État français », *Le Fait et le droit, Étude de logique juridique,* Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 131.

5 G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* PUF, Quadrige, 14e éd., 2022, V° Fait.

6 Nous ne traiterons pas de la distinction sous l'angle théorique de l'opposition de la norme juridique au fait naturel : voir sur ce point H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant -LGDJ, 1999, §4.

7 H. Motulsky « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », Études de droit contemporain, 1959, p. 257 et s. reproduit dans *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 38-59 ; ses écrits ont influencé la rédaction de l'article 9 du CPC sur la charge de la preuve. Comp. C. civ. art. 1353 et l'adage *actori incumbit probatio* (la preuve incombe au demandeur). G. Cornu « L'élaboration du Code de procédure civile », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 78.

du régime du fait. Deuxièmement, le fait est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond[8]. Il emporte donc une conséquence importante en termes de pouvoir judiciaire et c'est un autre élément important du régime du fait[9].

Si toute différence de nature emporte une différence de régime, la réciproque est alors vraie[10]. Toute différence de régime suppose une différence de nature qui en rend compte. Si le régime identifie des règles, la nature en détermine le champ d'application. Le domaine du régime est en corrélation directe avec le champ d'application de la catégorie dont il dépend. Aussi, il n'est pas impossible de construire un concept juridique de fait qui rend compte du régime qui lui est associé.

L'enjeu de cette démarche est fondamental. Si le fait est une qualification, il faudrait en élaborer une définition. Or la tâche n'a semble-t-il jamais été entreprise sous cet angle[11] tant le fait paraît être une donnée première et intuitive. Mais sans définition comment alors distinguer le fait du droit ?

Par ailleurs, une telle approche suppose encore que la distinction entre le fait et le droit soit *interne au droit*. Autrement dit, contrairement à l'idée communément reçue, le fait est déjà une élaboration et une construction juridique[12]. Le fait n'existe que déjà construit et qualifié par le droit[13]. Il n'y a donc pas d'équivalence simple entre le fait juridique et le fait historique, social ou scientifique. Dans ces disciplines, le fait désigne précisément ce qui relève de l'objet des modèles et des théories, il est ce qui forme le corps des données à analyser et à exploiter. En droit, rien de tel. Le fait est dès l'origine un élément du raisonnement et de l'argumentation juridique.

Il nous faut donc aller encore plus loin. Si le fait est une qualification technique dotée d'un régime propre, il a encore un statut particulier dans l'argumentation. L'argument de fait est précisément celui qui ne peut être invoqué devant la Cour de cassation. Si les juges de cassation acceptent le contrôle de la dénaturation[14], ce n'est qu'à titre exceptionnel.

Mais le statut argumentatif du fait change selon les systèmes juridiques. Devant la Cour européenne des droits de l'homme son importance est beaucoup plus grande en raison d'une approche plus casuistique[15] et précisément plus centrée

---

8 COJ art. L. 411-3.

9 G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait,* Paris, Sirey, 1929, p. 14-15.

10 F. Rouvière, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 427 s.

11 C'est plutôt l'idée de distinction qui fait l'objet des analyses : D. Louis, préc., *passim*.

12 S. Boarini, « Herméneutique du cas : dire le cas », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir,* (dir. S. Boarini), PU Saint-Étienne, 2004, p. 147 s.

13 P. Nerhot, « Le fait du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1987, t. 31, p. 269 : « le fait "brut" n'existe pas ».

14 Cass. 15 avr. 1872, *Bull.* n° 72, *Veuve Foucaud*.

15 J.-C. K. Dupont, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement *in specie* de la Cour européenne des droits de l'homme », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir,* Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 187-219.

sur les faits. *Mutatis mutandis*, on pourrait en dire autant des cours suprêmes dans les systèmes de *common law* qui jugent en droit et en fait. Toutefois, la distinction demeure et l'argument de fait n'a certainement pas la même portée ni le même poids que l'argument de droit. C'est du moins une hypothèse à considérer.

Il en va de même dans l'argumentation doctrinale. L'argument de fait n'est-il pas trop rapidement ravalé au rang de l'insignifiant, de l'espèce voire de l'anecdotique ? Quelle est alors la véritable portée de l'argument de fait, quelle place peut-il avoir dans une analyse censée reposer sur la théorie et non sur les détails d'une affaire ? Le fait peut-il demeurer dans les limites où il est enserré, à savoir comme seul objet de la qualification juridique ? C'est encore une hypothèse à vérifier et à examiner. Elle a pour enjeu la transformation de notre regard sur la place du fait dans le raisonnement juridique. Rendre conscient son usage, c'est être capable de distinguer des argumentations qui n'ont sans doute pas la même valeur, la même portée, le même usage et donc ne se réfutent pas de la même façon.

On le voit, il existe de puissants indices qui montrent l'existence d'un concept de fait même si celui-ci est la plupart du temps inconscient et non conceptualisé. Il existe dans le système juridique français des conséquences techniques. Il existe de façon plus générale des conséquences argumentatives. La difficulté est de savoir si le concept de fait peut garder son unité ou bien s'il doit y avoir autant de concepts qu'il y a d'usages et ainsi un concept pour la preuve, un autre pour l'argumentation. C'est à cet itinéraire que nous voudrions convier en distinguant la qualification technique de fait (I) de la qualification argumentative de fait (II).

I. Qualification technique de fait

B. Régime du fait

2. Qualification technique. La terminologie du fait est présente en législation et en jurisprudence à propos de qualifications spécifiques formant des distinctions alternatives.

Ainsi, le droit positif français caractérise le concubinage comme une union de fait[16] pour le distinguer du mariage et du PACS, l'acte juridique est encore opposé au fait juridique qui relève de la responsabilité délictuelle au sens large[17], le commerçant de fait est celui qui exerce l'activité commerciale sans avoir accompli les formalités nécessaires[18]. En réalité, cette dernière remarque est généralisable : sera considérée comme situation de fait, les cas où les circonstances n'ont pas été formalisées par un écrit contractuel ou un enregistrement institutionnel. Dans cette optique, le fait est ainsi ce qui s'oppose à la reconnaissance d'un statut.

---

16 C. civ. Art. 515-8.

17 C. civ. Art. 1100.

18 Cass. com. 30 janv. 1996, n° 94-10.233.

En dehors de ces hypothèses, la véritable qualification technique de fait est celle qui passe certainement la plus inaperçue. L'évidence du fait en tant que donnée première d'un litige dissimule le traitement dont il fait l'objet à travers le régime de la preuve voire de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ces derniers s'inscrivent cette fois dans la distinction fondamentale du fait et du droit. Ces éléments de régime montrent que la distinction n'est pas un mythe[19], même s'il peut exister une difficulté à les distinguer nettement.

3. Régime probatoire. Le fait n'existe pas spontanément devant le juge. Il doit être prouvé comme le dit l'adage : « il revient au même de ne pas être ou de ne pas être prouvé » (*idem est non esset aut non probari*).

La preuve est ainsi le mode d'existence juridique du fait. Allons même plus loin : tous les faits ne se prouvent pas de la même façon et l'appréciation du juge est plus ou moins large à leur égard.

L'acte minimal d'existence du fait est l'allégation. Il faut dire le fait devant le juge pour qu'il existe. En d'autres termes, il est déjà le fruit d'une construction car il suppose une narration. Les cas où le juge constate lui-même les faits demeurent exceptionnels. S'il a la possibilité de se transporter sur les lieux[20] par exemple pour constater des empiètements ou des troubles de voisinage, la plupart du temps, le fait est connu par des paroles qui le rapportent.

Le droit français distingue entre les preuves parfaites et imparfaites selon que le mode de preuve s'impose ou non au juge[21]. La distinction repose sur la nature du fait en cause. Lorsque celui-ci n'est pas aisément saisissable, l'écrit est exigé. C'est typiquement le cas des actes juridiques : il faut un écrit qui établisse la volonté des parties de contracter sans doute parce que la volonté possède une dimension psychique et relève pour une large partie du for interne des individus. Le droit allemand prend soin à cet égard d'opposer la volonté interne et la volonté déclarée[22] sachant que seule la seconde est réellement connue.

La difficulté de la preuve de l'intention s'illustre particulièrement en droit pénal. Bien souvent, elle est indissociable du comportement et s'évince de la matérialité des faits. Pourtant, le droit français exige, outre l'élément matériel, un élément intentionnel distinct[23]. C'est sans doute la raison pour laquelle l'aveu a toujours eu une place prépondérante en droit pénal : seul un être conscient peut déclarer qu'il avait bien l'intention d'agir comme il l'a fait. Le procès-verbal de l'officier de police judiciaire ou du juge sera donc la trace écrite d'un fait déclaré comme avéré.

---

19 R. J. Allen, M. S. Pardo, « The Myth of Law-Fact Distinction », *Northwestern University Law Review*, 2002, vol. 97, p. 1769 s.

20 CPC art. 56 et 179.

21 C. civ. art. 1358 s.

22 A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, Bibl. de dr. privé, t.19, 1961.

23 C. Pén. art. L. 121-3.

Il accède à une objectivité établissant l'infraction. L'écrit a ici pour conséquence de rendre le fait objectif et non contestable. Au besoin, le juge pourra interpréter l'écrit mais il ne pourra pas nier l'évidence sous peine de dénaturation.

En dehors de l'écrit, la preuve du fait est soumise à une appréciation plus libre de la part du juge. C'est le domaine du témoignage voire des présomptions qui reposent sur l'idée d'un fait probable. À strictement parler, il serait impensable d'appliquer la technique de la présomption ou du témoignage aux règles de droit sans conduire à une violation de la distinction.

Pourtant, cette nuance existe. D'abord en droit international privé où la preuve du droit étranger est requise et même nécessaire. Ensuite, historiquement où la preuve de la coutume était administrée par témoins notamment avec la fameuse enquête par turbe. Toutefois, la coutume est précisément un cas où le droit est inscrit dans le fait et une telle preuve a disparu lorsque les coutumes ont été recueillies dans des coutumiers.

Il est donc intéressant de noter que le fait est l'objet d'une opération de qualification. Ceci accrédite pleinement l'idée qu'il est un concept juridique. L'acte authentique qui ne respecte pas les formes requises ou la compétence de l'officier public sera requalifié en acte sous seing privé[24]. L'acte sous seing privé ne comportant pas certaines mentions, sera requalifié en commencement de preuve par écrit[25]. Il y a donc une gradation et une échelle dans la force probante du fait, une hiérarchie par degrés qui montre que le fait est véritablement conceptualisé.

Si le droit et le fait peuvent présenter une certaine porosité comme on l'a vu avec l'exemple de la coutume, il demeure que le fait appelle la preuve. Cette relation entre le fait et la preuve paraît invariante et constante. Elle fonde à elle seule l'idée d'un régime juridique du fait.

4. Régime tenant à l'appréciation des juges du fond. Les systèmes de cassation reposent sur la distinction du droit et du fait. C'est un autre élément possible du régime juridique de fait. Le fait n'est pas contrôlé par la Cour de cassation, il relève en conséquence de l'appréciation souveraine des juges du fond, autrement appelés de façon évocatrice « les juges du fait ». Cette appréciation ne fait l'objet en droit français que d'un contrôle léger voire d'un contrôle restreint à l'existence d'une motivation[26] : la Cour de cassation s'assure que le juge a motivé sa décision car la réponse aurait pu être différente selon l'appréciation du fait. Par exemple, le juge a une latitude importante pour dire si l'occupation d'un local est suffisante, si la personne est sous l'empire d'un trouble psychique, si le prix d'une vente est sérieux, si un vice est caché ou apparent, si la partie était de bonne foi, s'il existe un *affectio societatis* ou un *animus donandi*.

---

24 C. civ. art. 1370.

25 C. civ. art. 1362.

26 J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 702, 15 mai 2009, p. 10.

En somme, les appréciations psychologiques, quantitatives ou techniques paraissent relever de l'appréciation des juges du fond précisément parce qu'elles sont du fait. C'est ici que la distinction du fait et du droit est techniquement prépondérante. Existe-t-il un critère permettant de délimiter le pouvoir des juges du fond et celui de la Cour de cassation ? La différence de régime appelle en effet à élaborer une différence de nature et donc de qualification. Elle suppose la possibilité de définir de façon unifiée le fait afin de le soumettre à un régime propre.

C. Définition du fait

5. Est-il possible de définir le fait ? Si le concept juridique de fait a du mal à exister c'est sans doute parce que sa définition paraît de prime abord impossible et relève plus de l'intuition que de la construction.

La première difficulté est de savoir s'il faut commencer par définir ce qui est le droit pour fixer de façon négative le champ du fait ou bien procéder de façon inverse. Si le droit s'identifie à ses concepts, alors, le concept de fait est déjà du droit[27].

Il y a ici un paradoxe. Cela veut donc dire qu'*au sein du droit*, il existerait une qualification *de droit* qui serait purement technique[28]. Mieux vaut alors raisonner de façon inverse en cherchant ce que pourrait être la définition technique du fait. C'est donc d'elle qui faut partir : est du fait ce qui est l'objet d'une preuve. À cet égard, le Code de procédure civile et la jurisprudence prennent soin de bien distinguer les missions qui peuvent être confiées à un expert : elles ne peuvent relever que du fait et non du droit[29]. Il pourra par exemple évaluer un bien mais non calculer des récompenses dans la liquidation d'un régime matrimonial.

Comme un auteur l'a perçu[30] : le fait est bien un concept constitué d'éléments minimaux, à savoir l'espace et le temps, un lieu et une date. À l'extrême, les faits psychologiques ne sont pas inscrits dans l'espace mais seulement dans le temps. Ce serait donc le temps qui définirait le fait ainsi que l'a déjà suggéré la philosophie, notamment par la théorie d'Emmanuel Kant qui fait de l'espace et du temps les conditions *a priori* de toute intuition sensible[31] et donc de tout accès à la factualité en tant que telle.

---

27 F. Colonna d'Istria, *Temps et concepts en droit des obligations*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 2009, n° 220.

28 Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, Précis, 2002, n° 173-182, p. 102-106.

29 CPC art. 238. L'expert ne peut se prononcer sur des questions de propriété (Cass. civ. 1re 21 avr. 1958, *D.* 1958, p. 532) ni fixer les droits des parties (CA Montpellier 15 déc. 1999 *Gaz. Pal.* 2000. 2. p. 2195) ou préciser les conditions juridiques d'une succession de société (CA Dijon 24 avr. 1996, *Gaz. Pal.* 20-21 mars 1998. P. 14) voire la commune intention des parties dans un contrat (CA Versailles 2 juin 1988, *D.* 1989, somm. 275).

30 F. Colonna d'Istria, préc., n° 115, n° 257, n° 260.

31 E. Kant, *Critique de la raison Pure*, Gallimard, Folio, 1980, p. 91 et p. 97, AK, III, 53 et 58.

Cette approche est certainement séduisante : il y aurait du droit du moment que nous sommes en dehors de l'espace et du temps, autrement dit dans le pur domaine des idées. Le droit serait dans des règles idéales (au sens de règles pensées et construites par l'esprit) tandis que le fait serait dans l'espace et le temps. Dans cette vision, prouver une règle serait l'inscrire dans l'espace et le temps.

Bien que très élégante et rigoureuse, cette construction du concept de fait est malheureusement mise à mal par la pratique de la distinction. Il n'est guère besoin de longues investigations pour s'apercevoir que la distinction du fait et du droit est utilisée par la Cour de cassation de façon stratégique. Ce qui hier était du droit peut devenir le lendemain du fait. Le caractère aléatoire des contrats d'assurance est ainsi passé du droit au fait[32]. Inversement, la faute civile qui est définie comme un fait dans la lettre de la loi (« tout fait quelconque » selon l'art. 1240 du Code civil) fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation tandis que les troubles anormaux de voisinage sont laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond[33].

Il est bien possible de définir le fait, cependant, cette définition ne résiste pas à l'usage qui en est fait. N'est-ce pas alors plutôt le signe d'un manque de rigueur des juges ?

6. Définir le fait : de la politique au droit. Si le fait est dans la pratique de la Cour de cassation une variable d'ajustement de son contrôle, c'est qu'elle le conçoit comme lieu d'exercice d'une authentique politique jurisprudentielle. Mais cette liberté est peut-être rendue possible par l'absence de théorisation explicite du fait ce qui neutralise à la base la critique doctrinale.

Il est vrai que les auteurs ayant réfléchi sur la technique de cassation ont relevé la très grande difficulté à identifier un critère objectif de répartition du fait et du droit[34].

Pour exercer le contrôle, peu importe que la notion soit définie ou ne le soit pas, peu importe aussi que le concept ait une connotation matérielle ou morale[35]. À tout prendre, n'importe quelle qualification semble pouvoir être rangée sous la catégorie du fait. Pire : c'est la Cour de cassation qui est souveraine pour dire ce qui relève du fait et du droit. Qui peut donc contrôler son contrôle ? La Cour EDH a commencé à le faire en lui demandant d'entrer plus finement dans le détail de certaines qualifications[36].

---

[32] L'appréciation de l'aléa, dans le contrat d'assurance, relève du pouvoir souverain des juges du fond. Cass. civ. 1re, 20 juin 2000, nº 97-22.681 mais d'un autre côté la Cour de cassation a statué sur l'existence d'un aléa dans le contrat d'assurance-vie : Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, nº 01-13.592.

[33] Sur cette hésitation, comp. Cass. civ. 3e 31 mai 2000, n° 98-17532 ; Cass. civ. 2e 16 juill. 1953, *JCP* 1953, II, 7792, note R. Rodière ; Cass. civ. 3e 6 juill. 1988, n° 86-18626.

[34] J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, 5e éd., 2015/2016, n° 60.04.

[35] J. et L. Boré, préc., n° 65.101 s.

[36] CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, req. nº 34553/97.

Mais en l'absence de définition du fait, le pouvoir de la Cour est strictement politique : elle décide de ce qu'elle contrôle et de ce qu'elle ne contrôle pas. Le filtrage purement subjectif des demandes, en fonction de l'importance juridique ou sociale des problèmes, paraît finalement plus honnête que celle du fait et du droit. Elle l'est d'autant plus que la possibilité de rejeter désormais les pourvois sans motivation[37] accentue l'œuvre politique dans le choix des affaires jugées.

Le paradoxe du fait est donc le suivant : en disposant d'un régime, le fait appelle à une distinction rationnelle pour savoir s'il doit ou non déclencher l'application de ce régime. Mais en étant le fer de lance d'une politique de filtrage des pourvois qui ne dit pas son nom, il sombre dans le pouvoir politique et s'éloigne du savoir juridique. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de poser le problème montre déjà une voie possible pour la critique doctrinale dans l'usage que la Cour de cassation fait de son pouvoir. La prévisibilité de ce qui peut être contrôlé appelle à une réflexion sur l'unité et le contenu du concept de fait. Aujourd'hui, c'est plutôt le critère du contentieux de masse qui paraît décider de ce qui est contrôlé ou bien le critère de la moindre violation par les juges du fond des règles, ce qui permet à la Cour de cassation de les laisser appliquer le droit et le fait de façon plus libre.

À défaut d'élaborer une définition technique du fait qui commande l'application d'un régime juridique identifié, le fait joue de façon plus générale un rôle méthodologique dans l'argumentation. Cet aspect-là paraît en revanche indépassable en tant qu'il est à la base de la conception même du raisonnement juridique.

IV. Qualification argumentative de fait

E. Le fait comme réalité

7. Argument de fait, argument de droit. Emmanuel Kant a distingué le *quid facti* du *quid juris*[38]. En cela, il n'a pas innové mais pointe combien cette distinction a une portée sans doute encore sous-estimée dans l'argumentation. Le raisonnement juridique ne devrait-il pas être purement formel et n'avoir les faits que pour objet sans que ces derniers ne puissent servir d'arguments ?

La pratique est beaucoup plus nuancée. Le fait ne cesse de s'inviter dans le raisonnement juridique à différents degrés. La réalité concrète faite d'évènements et de phénomènes a un rôle indéniable dans l'argumentation.

Certes, de façon hégémonique, on peut considérer que la rhétorique englobe l'ensemble de l'argumentation, en fait et en droit[39]. Mais ce serait pourtant oublier

---

37 V. Vigneau, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010, p. 102.

38 E. Kant, *Critique de la raison Pure*, Gallimard, Folio, 1980, p. 148, AK, III, 99.

39 Ch. Perelman, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Vrin, 2000.

que l'argumentation juridique se caractérise précisément par un poids spécialement accordé aux textes et à la fidélité à leur lettre[40].

Aussi, il paraît plus pertinent de voir dans la rhétorique le règne de l'argument de fait. La souffrance de la victime, le caractère moralement déplacé mais licite des actes d'une partie, la dissymétrie entre le pauvre et le riche, l'appât du gain, peuvent notablement influencer l'appréciation du juge.

Ces éléments sont connus dans le droit de la responsabilité où les petites filles font les grands arrêts. De l'arrêt *Blanco* sur l'autonomie de la responsabilité administrative suite au fait que la jeune Agnès est renversée par un train[41] en passant par l'accident de la circulation de Lise *Jand'heur* ouvrant la responsabilité du fait des choses[42] jusqu'à l'affaire du cerceau brisé crevant l'œil d'une fillette de quatre ans et débouchant sur l'obligation de sécurité dans le contrat[43], la souffrance des victimes est indéniablement un argument. Elle l'est encore plus en droit des personnes où elle est explicitement invoquée pour faciliter les changements de sexe[44]. Elle est même un ressort essentiel de la plaidoirie en droit pénal, à n'en pas douter.

Plus récemment, la décision de la Cour de cassation d'écarter la nullité du mariage du beau-père avec sa belle-fille[45], s'explique sans doute grandement par le fait que l'ex-mari n'a trouvé rien à redire pendant vingt-deux ans mais s'est pour ainsi dire « réveillé » lorsqu'il a compris que son ex-épouse revenait le concurrencer dans la succession de son père. La vénalité du motif a rendu son action suspecte et la vie privée l'a emporté devant la prohibition légalement consacrée ce qui n'a pas manqué de faire réagir les auteurs devant le poids bien trop grand accordé aux considérations de fait[46].

8. Argument d'opportunité. De façon plus générale, un travail d'étude sur les travaux préparatoires des arrêts montre qu'une part non négligeable s'appuie sur des arguments de faits, qualifiés d'arguments d'opportunité au sens où ils consistent à apprécier les conséquences en fait de la solution retenue.

Ces arguments, non fondés sur un texte, sont présents dans 25 % des cas (dans un échantillon de 364 dossiers)[47]. Selon la présentation, on peut y voir une

---

40 F. Schauer, *Penser en juriste*, Dalloz, Rivages du droit, 2018, p. 18 et p. 156 ; I. Maclean, *Interprétation et signification à la Renaissance. Le cas du droit*, Libraire Droz, 2016, p. 93 s. ; F. Rouvière, « Le formalisme comme essence du raisonnement juridique », *Cahiers Méth. Jur. RRJ* 2019-5, p. 1905 s.

41 Trib. Conflits 8 févr. 1873, n° 00012, publié au *recueil Lebon*.

42 Cass. ch. réunies, 13 février 1930, publié au *Bulletin*.

43 Cass. civ. 1re 17 janv. 1995, n° 93-13.075.

44 M. Gobert, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G* 2017, p. 922.

45 Cass. civ. 1re 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

46 Voir surtout, F. Chénedé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 s. ; « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de proportionnalité *in concreto* », *D.* 2021, p. 1142 s.

47 E. Rubi-Cavagna, « Les arguments d'opportunité », *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Méthodes du droit, 2013, p. 11 s.

remarquable percée du fait ou au contraire l'idée que le fait soit trois fois sur quatre passé sous silence. Il reste qu'il n'est pas possible de nier sa présence dans le raisonnement.

Toujours de façon générale, les analyses socio-économiques accordent dans l'argumentation une place plus importante au fait qu'au droit. Les catégories juridiques sont perçues sous l'angle des faits. Ainsi, le contrat sera envisagé comme une opération économique, le mariage sera considéré comme un couple fondé dans les faits, la propriété sera perçue en fonction de ses usages économiques et sociaux et ainsi de suite.

Les analyses socio-économiques ont été mises en valeur par le mouvement des études critiques du droit qui provient des États-Unis (*Critical Legal Studies*: CLS ou « *crits* »). Cette façon de penser transforme assez profondément l'argumentation juridique qui devient alors une argumentation sociologique ou économique. Autrement dit, la prise en compte des conséquences sociales ou économiques[48] des décisions prime le fait de savoir si elles sont conformes ou non aux précédents et aux textes en général. Bref, les analyses socio-économiques sont tournées vers l'avenir tandis que l'argumentation juridique est tournée vers le passé. Les analyses conséquentialistes sont forcément évolutives si le contexte social et économique est sans cesse changeant. De plus, l'argumentation est forgée contre la lettre des textes et vise ainsi à rompre la stabilité de l'interprétation.

9. Argument d'équité. L'équité est typiquement la justice du cas particulier et donc le domaine le fait. Cette opposition entre la justice générale (illustrée par la règle) et la justice particulière (illustrée par le cas) est celle que nous a légué Aristote[49].

Parfois, la loi elle-même invite le juge à raisonner de cette façon[50]. Elle invite le juge à statuer selon les faits de l'espèce plus que selon des critères prédéterminés. Sa logique est indiciaire, il s'enquiert donc de l'histoire concrète des parties ou du contexte du conflit.

À cet égard, il est important de noter le lien avec l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges peuvent distinguer des situations de fait sans encourir de reproche de la part de la Cour de cassation. À cet égard, il s'agit d'une forme d'équité institutionnalisée. Les qualifications relevant du fait n'étant pas contrôlées elle se décident de façon variable même pour des affaires proches.

---

48 De façon générale, un argument conséquentialiste qui prend en compte les conséquences positives ou négatives d'une décision : F. Carbonell, « Reasoning by Consequences : Applying different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions », *Cogency* 2011, vol. 3, p. 81 s.

49 *Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1137 a. 31 - 1138a 3.

50 C. civ. art. 1194 (obligations contractuelles) ; art. 565 (accession) ; art. 815-13 (indemnité dans l'indivision) ; C. civ. art. 270 (prestation compensatoire).

Toutefois, le droit pénal français a connu un recul de cet aspect dans le domaine de la fixation de la peine en matière correctionnelle. Les juges ont désormais une obligation de motivation[51]. Cette exigence produit ainsi la possibilité d'argumenter selon des précédents puisque si les mêmes éléments de fait sont présents la peine devra alors en principe être la même. Motiver conduit à créer un précédent.

Inversement, l'absence de motivation ne crée que des précédents volatiles. Ainsi, dans certaines hypothèses de comparution immédiate[52], le juge ne motive pas le placement en détention. Il n'a alors pour référence que les cas qu'il traite dans la journée. Chaque nouvelle journée efface les précédents de la veille. On mesure ici *a contrario* à quel point l'exigence d'une motivation écrite stabilise et cristallise la pratique du précédent.

Le fait apparaît alors, à la différence du droit, comme ce qui ne peut pas produire de précédent. C'est sans doute là l'aspect le plus décisif dans la prise en compte de son rayonnement épistémologique en tant que cas.

F. Le fait comme cas

10. Cas comme ensemble de faits. La notion de cas est strictement construite sur l'idée de fait. À tel point qu'on peut définir le cas comme une situation de fait stylisée c'est-à-dire dont la complexité a été évacuée. Le cas simplifie une situation réduite pour les besoins de la cause à ses caractères les plus typiques ou schématiques. Le cas résulte d'un processus d'abstraction qui n'extrait des faits que les traits jugés les plus pertinents.

Le cas est la fois un objet épistémique et un argument. Il se distingue de l'espèce.

En tant qu'*objet épistémique*, le cas fournit l'unité fondamentale de tout raisonnement juridique savant. À cet égard, il se distingue de l'espèce qui porte sur l'ensemble des faits prouvés. Certes, le cas est construit à partir d'une espèce, d'une situation de fait unique dans l'espace et dans le temps et en raison des personnes impliquées, mais cette espèce va être généralisée. L'arrêt *Coquerel c. Bayard*[53] a transformé une situation de fait unique (une clôture érigée de piques pour crever les ballons dirigeables du voisin) en un cas général d'abus de droit applicable à d'autres espèces semblables. L'espèce n'est pas un argument, seul le cas l'est.

C'est donc parce qu'il a été préalablement conçu comme objet de connaissance que le cas devient un *argument propre*. Il est une construction qui fournit l'hypothèse d'application d'un texte. Pour cette raison, il peut être indifféremment d'origine jurisprudentielle ou légale. Le juge détermine si le cas est semblable à un autre déjà jugé et le législateur peut fixer les cas qui tombent dans le champ

---

51 C. pén., art. L. 132-1 ; C. proc. pén., art. 485 et 485-1 ; Cass. crim. 1er févr. 2017, n° 15-83.98.

52 Application de C. proc. pén. art. 397 : Cass. crim. 5 févr. 2019, n° 18-86.405.

53 Cass. req. 3 août 1915, n° 00-02.378.

d'application d'un texte[54]. Le cas est abstrait s'il est issu d'une définition, concret s'il est issu d'un exemple.

En toute hypothèse, l'expression concise du cas permet de se centrer sur ses aspects essentiels et lui conférer une certaine universalité qui permettra de l'invoquer une nouvelle fois même pour des faits légèrement différents. Par exemple, l'adultère est un cas qui se caractérise par une relation extra-conjugale : les juges l'ont immédiatement identifié comme une hypothèse de divorce pour faute bien que la loi ne le prévoyait pas explicitement.

À la lumière de ce qui précède, on comprend que l'espèce est une situation de fait singulière qui ne se reproduira jamais à l'identique. Si l'espèce sert d'exception, elle constitue alors un argument d'équité qui écarte la règle générale. Ce type d'équité est imprévisible. Aussi, le travail d'abstraction de l'argumentation juridique consiste précisément à évacuer certains traits considérés comme contingents pour transformer la singularité de l'espèce en cas réitérable par l'argumentation et éviter que le droit soit pulvérisé en exceptions. En d'autres termes, le cas est la généralisation d'une espèce afin qu'elle soit réitérable dans l'argumentation.

11. Cas et précédent. Quelle différence existe-t-il alors entre le cas et le précédent ? À un certain degré de généralité, il n'y en a pas puisque le précédent consiste à traiter les cas semblables de façon identique. C'est l'expression de la règle formelle de justice[55]. Le précédent est un principe d'argumentation qui consiste à se fonder sur ce qui a été précédemment décidé.

Néanmoins, à un degré de généralité moins élevé, les modalités de l'argumentation diffèrent. Il ne revient pas au même de se fonder sur une définition ou sur un cas. L'argumentation par cas est factuelle et concrète quand l'argumentation par les définitions et logique et abstraite[56]. Le cas fait primer le particulier, la définition fait primer le général. Le cas est la source d'une conception jurisprudentielle du droit, la définition est plutôt l'office du législateur. Le cas s'expose sous forme d'exemples quand la définition s'exprime comme une règle. Le cas peut plus facilement être réfuté par une distinction factuelle tandis que les conditions posées par une définition doivent toutes être satisfaites. Le cas a pour avantage l'adaptation aux situations futures quand la définition, plus rigide, véhicule une plus grande certitude.

---

54 K. C. Davis, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », *Harvard Law Review*, 1942, vol. 55, p. 402 : les *legislative facts* se distinguent des *adjudicative facts* en raison de leur degré de généralité plus élevé.

55 F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p. 89 s. ; « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 117 s. ; « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, p. 279 s.

56 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

Le cas est donc un modèle de justification à part entière. Il justifie sans doute à cet égard la distinction entre les systèmes de *common law* et de *civil law*. Il ne s'agit pas seulement d'un problème de source mais aussi de style d'argumentation. Le concept juridique de fait pèse différemment dans la compréhension épistémologique de l'opposition de ces systèmes juridiques.

12. Cas et jurisprudence. En définitive, le cas apparaît comme un fait généralisable, c'est-à-dire un fait qui peut être réutilisé dans une argumentation future. À ce titre, le cas est un élément fondamental de la construction jurisprudentielle.

À cet égard, la distinction entre les arrêts de principe (ou « grands arrêts ») et les arrêts d'espèce est déterminée par la généralité donnée au cas.

Dans la doctrine française, la distinction renvoie à l'idée que les arrêts d'espèces seraient négligeables (ne valant que pour le cas jugé) tandis que les arrêts de principe auraient une portée générale (au-delà du cas jugé). En réalité cette distinction illustre l'ambigüité dans l'usage du précédent[57]. Il peut aussi bien désigner un cas (situation factuelle précise) que l'affirmation d'une définition ou d'une formule de portée générale. Dans cette dernière hypothèse, on parlera alors de jurisprudence prétorienne, c'est-à-dire créatrice à l'instar du prêteur romain, créant de nouvelles actions.

Pourtant, à y regarder de plus près, les arrêts d'espèce sont bien réitérables car ils peuvent être pleinement mobilisés pour donner corps à la règle formelle de justice. C'est seulement leur aspect particulier qui rend leur mobilisation peu évidente car, par hypothèse, il faut des faits suffisamment proches pour argumenter une similarité entre les cas. Autrement dit, aucun arrêt n'est « de principe » ou « d'espèce » en soi, il s'agit d'une volonté de le considérer comme tel c'est-à-dire de le généraliser pour des applications futures[58].

Les grands arrêts en droit français sont porteurs de cette ambivalence : la Cour de cassation donne des formulations générales mais l'éloignement entre les faits et le principe dans des espèces futures rend la transposition future délicate. Cela se vérifie par exemple dans l'arrêt *Cesareo* qui a posé le principe de concentration des moyens dans une hypothèse particulière de concurrence de créance de salaire différée et d'enrichissement sans cause. Le contentieux ultérieur a donné à nombre de variations casuistiques[59].

Inversement l'affaire *Baby Loup* à propos du licenciement d'un personnel portant le foulard islamique dans une crèche malgré une interdiction du règlement intérieur[60] aurait pu être vu comme un cas isolé. La doctrine l'a pourtant analysé de façon à le généraliser sans le limiter aux cas des crèches.

---

57 Ch. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, doctr. 3145.

58 B. François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 201 s.

59 X. Lagarde, « Abandonner la jurisprudence *Cesareo* ? », *D.* 2019, p. 1462 s. suivi de notre analyse : F. Rouvière, « La concentration des moyens dans la tourmente », *RTD civ.* 2019, p. 985 s.

60 Cass. ass. plén. 25 juin 2014, n° 13-28.369.

Dans l'affaire *Coquerel c. Bayard,* déjà citée, qui reconnaît la possibilité d'un abus de droit de la propriété, l'analyse peut aussi bien se tourner vers l'idée d'abus que sur les données de fait (il s'agit de ballons dirigeables, pendant la première guerre mondiale, aux débuts de l'aviation, la clôture érigée par le voisin fait seize mètres de hauteur sur une bande de terrain inconstructible).

On peut encore citer l'arrêt *Myr'ho* qui a admis qu'un tiers puisse se prévaloir d'une inexécution du contrat comme faute délictuelle sans avoir à rapporter d'autre preuve. Les faits concernaient l'entretien d'un monte-charge, équipement commun d'une copropriété. Le point déterminant n'est pas aisé à établir : est-ce le principe proclamé par la Cour de cassation qui identifie l'inexécution à une faute délictuelle envers les tiers ? L'existence d'une chaîne de contrats incluant le contrat d'entretien de l'ascenseur ? Ou bien plus trivialement l'existence d'un équipement commun ? Les applications ultérieures de cette jurisprudence ont montré que la généralité de la formule ne pouvait parfaitement couvrir toutes les hypothèses d'application et les juge sont été contraints de tenir compte de la spécificité des cas. Le contentieux s'est développé une nouvelle fois sur la base d'une casuistique[61].

Très clairement, la fonction du cas est alors ici de servir d'exception face à la généralité du principe. On retrouve nettement l'inspiration de l'équité. Mais on voit aussi le rôle de la doctrine dans le choix de généraliser des cas pour faire de certains arrêts, des « grands arrêts ».

13. Cas et doctrine. En définitive, le cas joue un rôle important dans l'argumentation doctrinale. Si le *summum* de la construction doctrinale reste en France la théorie générale[62], le cas représente pourtant le premier degré de cette généralisation.

En réalité, les catégories pour parler des faits révèlent une prise de position sur l'argumentation qu'ils permettent de développer. L'espèce renvoient à l'ensemble des faits singuliers. Les circonstances de l'affaire seront tenues pour négligeables[63] tandis que le cas est déjà une généralisation permettant une réitération.

Cette distinction est importante pour savoir si le cas est une exception générale (*in casu*) ou tellement spécifique qu'elle ne peut se réitérer (*in specie*)[64]. Le cas est donc à la fois au carrefour des catégories du précédent, de l'équité et de l'exception. Cette malléabilité fait son succès mais également son ambiguïté.

---

61 F. Rouvière, « Le tiers, le contrat, le manquement : résoudre l'équation », *RTD civ.* 2020, p. 487 s.

62 Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 172.

63 W. Dross, « L'extinction des servitudes de surplomb er de passage : entre impossibilité d'usage, défaut d'usage et changement de destination », *RTD civ.* 2018, p. 696 qui insiste sur le fait que le bâtiment est classé monument historique pour relativiser la portée de l'arrêt.

64 F. Chénedé, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionalité *in concreto* », préc.

14. Conclusion : quelle unité pour le concept de fait ? Le fait est indéniablement un concept sur le plan technique (comme qualification) et épistémologique (comme argument). Toutefois, son unité est douteuse. Tout semble se passer comme s'il y avait autant de concepts de faits qu'il y a d'usages ou de fonctions associées. L'existence de catégories propres (commerçant de fait, erreur de fait, union de fait etc.) renforce cette impression.

Aussi, la conclusion à tirer est peut-être que le fait est toujours inséré dans une alternative : il s'oppose à des situations formalisées, il s'oppose au droit, il s'oppose à la règle. Le fait est toujours moins formel que l'élément auquel il s'oppose sans toutefois échapper lui-même à un degré minimal d'élaboration et de construction. En somme, cela voudrait dire que la distinction du fait et du droit est moins une question de nature que de degré. L'abstraction croissante efface les caractères intuitifs du fait (concrétude, singularité). Tout ceci montre que la théorie du fait reste à construire afin de déconstruire les fausses évidences dont il peut faire l'objet.

TABLEAU RÉCAPITULATIF

	Droit	**Fait**
Type d'énonciation	Exposition	Narration
Élément caractéristique	Forme	Fond
Statut théorique	Devoir-être	Être
Fonction	Fondement nécessaire de la décision	Objet de preuve
Forme type	Règle	Espèce
Portée	Certitude	Probabilité
Organe concerné	Exclusivité du juge	Délégable à un expert
Nature	Stabilité	Variabilité

THE NORMS, FACTS AND VALUES METHOD

Claes MARTINSON
Professor in private law, exc / Professeur de droit privé, exc, Holder of the Torsten Pettersson Chair in Maritime and Transport Law, School of Business, Economics and Law, University of Gothenburg, (Sweden/Suède)

Résumé : Cet article explique le droit comme un ensemble de normes, de faits et de valeurs. Il illustre comment les juristes utilisent les faits et les valeurs de manière consciente et inconsciente, au point que leur comportement crée une réalité créée par les juristes. L'essentiel est cependant l'esquisse d'une méthode d'analyse juridique, tant dans la recherche que dans la pratique. Il s'agit d'une méthode qui peut également être utilisée pour construire un raisonnement juridique et pour la recherche interdisciplinaire.

Mots-clés : Recherche juridique – normes – faits – valeurs

Abstract*: This paper explains law as a composite of norms, facts and values. It illustrates how lawyers use facts and values both consciously and subconsciously, even to the extent that their behaviour creates a lawyer created reality. The main point is however the outline of a method for legal analysis in both legal research and practice. It is a method that can be used also for constructing legal reasoning and for interdisciplinary research.*

Keywords**:** *Legal research – norms – facts – values*

I. Why?

What I present in this article is based on a theory of law that is rather basic, but at the same time so fundamental that it can be used in many ways, and in a lot of legal contexts. It is a theory that is rather easy to turn into different methods; methods that can be used for several different purposes.

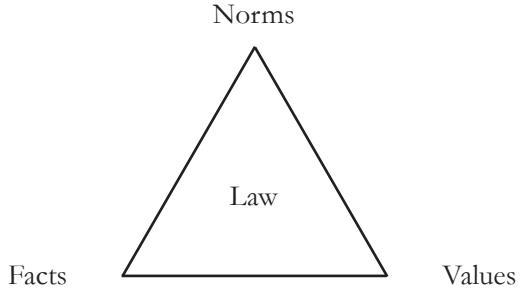
To support my claim that I present something rather easy to turn into practice use, I can declare that I have for some years tested the theory and different ways to use it. I have used this understanding, and different variations of it, in several legal studies and research projects. My confidence in the theory is also an effect of pedagogical efforts. It might be an unusual choice to tell readers of a research paper in law about this, but I have used the theory in the teaching of quite some students over the years, and counting that several of my colleagues have done the same, it becomes more than 4000 students that has encountered the theory. A common reaction from students has been that they feel empowered by the understanding. As a teacher this is such a satisfying reaction to get from students that it is a relevant fact to mention. From what I have seen I am confident to believe that the same possible benefits can be reproduced also for others.

The main point I present is that some rather useful methods can be created on the base of the theory. To show this I here outline one of these methods. The method I outline is a method for legal analysis in both legal research and practice. I also outline how this method can be turned into a constructive tool that is useful for designing legal reasoning. With this method the lawyer in general can do relatively thorough analyses of legal argumentations and construct solutions to difficult questions of law. In the article I describe that the legal researcher might in addition find possibilities when it comes to what questions his or her research will concern. I also describe that the perspective on legal research can be broadened internally within the lawyer community, as well as externally towards other researchers and the public, to the benefit of the general understanding of law.

Since the claims stated might seem rather extensive, and what I present may be perceived in very different ways, it might be relevant to point out that my intention is just to offer the reader whatever the reader gets out of the text. I do not have the ambition to be understood on such a level that the reader needs to know for example what my underlying conception of law is, what I mean with the way I use the concept of "theory" apart from what follows from my text, or how I would translate what I present to the different areas of law that the different readers are knowledgeable in. In this article I have given priority to the level of overview.

II. The theory

The theory is that we can understand law as a composite of norms, facts, and values. To communicate this conception, it is useful to use an illustration. In this illustration law is pictured as a triangle. The corners of the triangle are three different aspects of law.[1]



With this theory, law consists of norms, but these norms can not be understood, nor used, without an understanding of facts and values. The norms themselves can be seen as frozen values concerning a context of facts. In other words, law is not only norms, since the norms needs to be understood in the context of the facts and the values that are in our perception, whether we make these parts evident to ourselves or not.[2]

---

[1] C. Martinson, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar* [traduction: *Garantie de crédit dans les factures à recevoir*], Iustus 2002. Compare J. Pöyhönen (Karhu), *Regler och principer i rätten* [traduction: Règles et principes de droit], lecture, Majvik, Finland, 21 maj 1996, where Pöyhönen spoke about three perspectives that a researcher can use when looking at the law; norms, facts and values. Compare Jaap HAGE, *Facts, values and norms*, in S. Taekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law*, Interdisciplinary Reflections on Legal Method, Edward Elgar Publishing, 2016. Compare the use of the same terminology in philosophy by P. Railton, "Facts, Values, and Norms", in *Essays toward a Morality of Consequence*, Cambridge Studies in Philosophy, Cambridge University Press, 2003.

[2] There are similar theories in which law is seen as a composite phenomenon. In one of them law is seen to have three dimensions; one normative, a moral and a societal-factual. Another highlights law as an ideology and mediator of reality, and as such a coherent system of ideas which contain – reality statements, values, and norms. There are also examples of conceptions of the law which, without using the terminology, nevertheless express similar things content. The law is then described, for example, as; legal material that must be interpreted – with partly consideration of the effects and appropriateness of rules – and partly moral considerations. Yet another explains legal interpretation with regards to rational viewpoints and notions of plausibility. There are also examples of recommendations about using several perspectives but where the perspectives are assigned other epithets. Therefore, it is possible to elucidate legal problems and legal relations to non-legal phenomena from three views – a historical, a sociological, and a value point of view. For references see: H. Tolonen, *Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)* [traduction: *Le système juridique en tant que système d'institutions et de relations juridiques (droits)*], JFT (*Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland*), 1993, p.45-46. D. Töllborg, *Personalkontroll*, [traduction: *Contrôle du personnel*] Symposion, Stockholm/Lund, 1986, p.37. G. Skogh and J.-E. Lane, *Äganderätten i Sverige, En lärobok i rättsekonomi* [traduction: *Le droit de la propriété en Suède. Un manuel d'économie juridique*], 2nd ed, SNS Förlag, Stockholm, 2000, p.19. K. Grönfors , Ändamål och funktion [traduction: *Objectif et fonction*], JT (*Juridisk tidskrift*), 1999-2000, p.523-537, at p.537. J. Dalberg-Larsen, *Retsvidenskapen*

What this theory claims, is that this relationship, between norms, facts, and values, is an inevitable part of law. We need the facts and values to make up the relevance and significance of the norms we deal with as lawyers.[3] The facts are necessary for the context and consequences, and the values for the assessment involved in every legal thought process.[4] These processes do in turn lead to normative decisions. It is, with this theory, a matter of a symbiotic relationship between the three concepts. Consequently, since this symbiosis is there, the understanding of law can gain from expressing it and making it evident, rather than to consider these aspects on a subconscious level.[5]

There are of course many ways to deal with the symbiosis. I prescribe no specific way of doing this. Rather, I encourage everyone to think for themselves. I encourage the readers to develop something of use for the context they have at hand. What I can do, in this article, is however to show some of the ways that the theory can be used to construct a few different methods. (Alternatively, what I describe can be seen as one single method with several different uses.)

III. A basic method

One way of dealing with the symbiotic relationship between norms, facts and values is to analyse legal argumentation by looking for the different aspects of a specific argumentation. This can be done by assessing each statement in the text as either a normative argument, a fact-based argument, or a value-based argument. Note that it is not necessary to think in terms of a fixed standard for the assessments.[6] The method can be used relatively. An assessment can be made in relation to the other argument used in the argumentation at hand, and in

---

som samfundsvidenskab [traduction: *Le droit en tant que science sociale*], Juristforbundets forlag, København, 1977 p.536. See also S. F. Bailey, *The Common Good in Common Goods, The Decommodification of Fundamental Resources through Law*, University of Gothenburg, 2020, p.150-240.

[3] Compare the conception that we, without values have no interest or sense of relevance or significance, L. Wirth "*Letter to Gunnar Myrdal 29 September 1939*", in G. Myrdal, *Objectivity in social research*, Phanteon books, 1969. Compare W. de Been , S. Taekema and B. van Klink, "Introduction: Facts, norms and interdisciplinary research", in S. Taekema Aekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law, Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Edward Elgar Publishing, 2016, p.3-4, 18. In the same anthology G. Samuel, *Imitation of life: Resonances between law and fact and fact and law*, p.55.

[4] Compare S. Taekema, "Theoretical and Normative Frameworks for Legal Research: Putting Theory into Practice", *Law and Method*, February, 2018, p.1-17, on p.13.

[5] Note that from what I have described follows that, facts, as I use the concept, are not the circumstances (facts) of a specific case. Compare, for example, U. de Vries, "Kuhn and legal research – A reflexive paradigmatic view on legal research", *Law and Method*, (3), 2013, p.7-25, p.17.

[6] It is indeed possible to go rather deep into the understanding of what characterizes an argument as a norm, a fact, or a value. Already on the surface it becomes rather clear that it is a matter of a grade difference between them, rather than of difference of kind. The argument expressed as freedom of contract, do for example have a normative side, as well as a fact-based and value-based side.

relation to what is characteristic for the concerned area of law. Since the primary point is to analyse for the benefit of your own understanding the assessments can also be made subjectively.

The assessments are the first step. A second step might be to get an overview by collecting the different arguments in the three separate categories. Each of these two steps will give the analyst an idea of how the argumentation is constructed. For some purposes already a reading of the text from the perspective of the theory can be enough to reach a higher level of understanding of the argumentation.

Through the assessment process important characteristics of the argumentation can become evident.[7] It can, for example, become evident that the argumentation is in its decisive parts built on assumptions of facts, rather than on normative arguments. This possible outcome is something I will illustrate in the next section.

IV. The example

Law is most often communicated in the form of text. It is given the form of written legal argumentation. The author of the text often argues that the law is what the author believes it to be. Some other times the author of the text argues that the law should be in a way that the author wants it to be. Depending on the lawyer-role that the author has, and depending on the context, the texts are normative to different extent. It is however often possible to detect that the lawyer has used assumptions on what the reality is. These assumptions are what the lawyer wants the reader to conceive as aspects of the reality. In other words, they are aspects that the lawyer perceives as facts. They are often presented as if they are not even arguments, but simply *the* reality. Therefore, they tend to not surprise the reader. It is also often possible to detect that the lawyer uses values as arguments. These values seldom surprise the reader since there are a number of values that lawyers have learnt to use, such as protection of weaker parties, foreseeability, and fairness.

When it comes to the process of detecting how a specific legal argumentation has been composed, it is easier to do this in some texts than in others. My choice in this article is to use a rather evident example. This brings the advantage that it is easy for the reader to follow. The disadvantage is that the example concerns a rather specific context of private law and the law of obligations, which may be of little interest to some readers. I do however believe that the readers, irrespective of their interest and specialisation, will be able to transpose the example to an example from their own context. To simplify this transposition, I will keep the example as general as possible. This includes that I will not here mention the

[7] As follows from the above, it is rather the characteristics of the text – such as the reader perceives it – that becomes evident. This does however not mean that the analyses do not say anything at all about the characteristics of the text. When the reader communicates his or her analyses others may of course agree, and thereby confirm the characterisation.

jurisdiction concerned, nor who the author of the text is. What I see relevant to clarify is however that it is a text written by a prominent lawyer, in a book, a classical monography over an area of law.

The argumentation of the lawyer concerns a question of law. In its basic form this question concerns to whom a debtor should pay. This is a simple question of a basic legal obligation, but the context is a bit complex since it concerns five parties. The Seller, who on the one side has a Customer that the Seller has given credit, and on the other side a Financier, from whom the Seller got a credit by using his claim on the Customer. The fourth party is the general Creditors of the Seller, and the fifth party is the general Creditors of the Financier.

In the typical set-up of the relationships described, the Sellers claim towards the Customer is 100 of one kind of currency, and the Financier's credit to the Seller is 80. This is so because the Financier typically likes to have a safety margin. The set-up is also that the parties have agreed that the Customer should pay to the Financier. They have done so because the other parties, and especially the Seller, trust that the Financier will pay any excess amount received from the Customer to the Seller.

The set-up will work fine as long as there is trust between the Seller and the Financier. Without trust the Seller might think that the Financier will put the excess amount in danger in different ways. This includes the risk that the Financier becomes insolvent and that the amount becomes a common good for the Financiers general creditors.

The question of law is to whom the Customer should pay the excess amount. It is evident that the Seller wants the Customer to divide the payment. The Financier do however not want this since it will possibly lead to that the safety margin can be jeopardised in all set-ups of this kind. This would invoke costs to these kinds of set-ups at-all-times. These costs will occur since the Customer lacks reliable information. The Customer needs to get the same information about the amount from both the Seller and the Financier and, considering the lack of trust, this is unlikely to be the case. Also, the amount can depend on what day the payment is made, taking into account interest rates and other contract terms. Therefore, the Financier wants the Customer to pay the whole amount to him. If also the interest of the Customer is considered, it becomes evident that a Customer does not want trouble with investigating to whom and how much he should pay. Nor does the Customer want to stand the risk of having to pay more than one time, because of failure to pay with liberating effect. There are also some more problems in the relationships, especially if there are not only one Customer, as in the common use of factoring. Those cases, with multiple Customers, are however unnecessary to look into in the context of this article.

V. The argumentation

As mentioned, a prominent lawyer identified the described question of law and wrote about it. He pointed out that the question was an unclear question of law, in the jurisdiction concerned. Thereafter he expressed his first argument. His first argument concerned the risks.

> "In my opinion, H has underestimated the risks for the seller and thus also the risks for the customer."

With this argument the lawyer, who I now call W, claims that someone else has underestimated these risks. Someone else is in this case another prominent lawyer, H, who had already earlier identified the same question of law and written about his conclusions in another book. H's conclusion was that, as a rule, the Customer should pay the whole debt to the Financier, unless the Seller applied to the court and gets an official injunction. W's conclusion was another, namely that the Seller should not have to go to court. According to W the Seller should, by just contacting the Customer, be able to oblige the Customer to divide the payment in two, one part to the Financier and the other part, the excess amount, to the Seller.

There are some interesting aspects of what I have now mentioned. The central aspect is that there are two lawyers dealing with the same question of law, and they both use risk as an argument. Risk can here be regarded to be an argument of fact. Both lawyers have made assumptions on the level of risk, and both have come to conclusions that are influenced by these assumptions. They have also come to different conclusions. After going through all the other arguments made by the two, it seems that assumption of the risks is a somewhat decisive argument. It seems to be crucial when understanding why they came to different conclusions. To understand this can be very relevant. A reader who tries to deal with legal issues in the specific context will be able to do a better job if he or she identifies why the conclusions differ.

When we, as readers try to understand how the argumentations lead to different conclusions, it seems relevant to understand how the two authors estimated the risks involved. By finding out what the estimations are and how they did their estimations, the reader might be able to assess if one of them made a better estimate than the other. When we do that in this case, we do however notice that neither W, nor H, expressed anything quantifying the risks. As readers we do not know what they assume that the level of the risk is. Neither do we see any support for the assessments that the lawyers make. Interestingly, the assessment that W makes seems to be based on the fact that H comes to another conclusion than W wants to end up with. W does not think H has made an assessment of the risks that is as good as W's own assessment, although W himself does not make any attempt to verify his own assumptions.

What we see as readers might, in formal logical terms, appear to be an equation where everything is the same, including the unknown factor X. The reason the conclusions differ is that H says the weight of X decides the conclusion in one way, and W says the weight of X decides the conclusion in the other way. None of them do however mention anything else about how they see X. The argumentations of the two lawyers are however more complex than this. This is so since legal argumentation on unclear questions of law generally is too complex to be captured in just formal logic.

The exercise of identifying the assumption of risk as decisive can nevertheless be useful. For someone who wants to solve, or decide, the question of law, the revelation that risk is decisive in the argumentations, is useful. It is useful when assessing how to handle the two normative argumentations in the process of reaching an own conclusion. When the goal is this, to reach a conclusion on the question of law, it also becomes evident that it could be relevant to make an investigation of the facts, in some way. Since the facts is said to be of somewhat decisive importance, evidence of what the facts are, seem very relevant. In principle, it seems possible to use such facts to decide the issue. If we, for example can get some information on the frequency when the phenomenon occurs, that might say a lot concerning the consequences, and of the possible costs with one or the other solution. Also, size of claims, known number of cases of distrust, etc, could be investigated. For a researcher in law this opens for reflections on how a more reliable assumption could be made, and in the end a more relevant conclusion.

VI. The further analysis

As described it can be useful to identify that facts seems to have been given a role that is of some weight in a specific argumentation. The method can however also be used for further analyses. In the example at hand the method can give the user a picture of the build-up of the argumentation. This can be useful in several different ways.

Looking further into the argumentation of the example it becomes clear that the argumentation of W consists of arguments with different background. The part of the text referred to reads like this:

> "In my opinion, H has underestimated the risks for the seller and thus also the risks for the customer. On the other hand, he seems to have overestimated the importance of uncertainty about the financier's principal claim, and this uncertainty's likeliness to cause inconvenience. As he himself has pointed out, it is generally banks, that act as financiers. But even if some inconveniences of e.g. depositions in disputed cases may occasionally arise, they seem to weigh lightly compared to the importance of protecting the seller's right to the excess part and the position of the customer, as far as this possible with the help of the promissory notes act.

> The somewhat frivolous attitude that have characterized the statements in the literature can be explained by a tradition that originates from a time when neither the legislation on deposit nor the legislation on promissory notes existed. It seems one should better use this legislation than what has happened so far. Particular attention should be paid to the increased opportunities for securing secondary pledging that has come with the promissory notes act and its rules on giving notice to the debtor. Also, the widespread use of secondary pledge should be taken into account.[8]"

Already in this part of the text we can see that the text includes more assumptions on facts. Two more such arguments are used already in the same first part of the text, as the risk arguments already mentioned:

- overestimated the importance of uncertainty
- some inconveniences

The same paragraph also reveals value-based arguments:

- weigh lightly
- somewhat frivolous attitude

There are also arguments based on norms:

- should better use this legislation [that is: the legislation on deposit and the legislation on promissory notes]
- the widespread use of secondary pledge [which is not a norm in a formal sense, but a norm in the sense of normality]

[8] As mentioned, I see a point in not revealing who the author is, and therefore I give no reference. For those who like to know I will of course reveal this. To lay open the most obvious reason to a critical view on one thing I claim I like to mention an obvious reason to question the claim. My claim that the decisive argument in the argumentation is risk, is a part of the argumentation that was put in a footnote. In later editions, made after the death of the author, the editors of newer editions (who are also prominent lawyers) have taken the footnote away. The fact that this happened is a reason, on the margin, for my choice of this example. To me this could be seen as an illustration on preferences between arguments based on norms, facts, and values. This is so because under some circumstances it seems that the sheer normative claim is the better choice. In this case the circumstances are of course the editing of a new edition. The fact that the original author started the footnote "In my opinion" is relevant in that role.

Going further and through the entire argumentation (five pages) the arguments can be assessed in categories, like this:

Norms	Facts	Values
"should better use this legislation" (Acts 1927 and 1936)	"overestimated the importance of uncertainty"	"weigh lightly"
	"some inconveniences"	"somewhat frivolous attitude"
"widespread use of secondary pledge"	"is often an uneconomical way"	"worth more respect"
	"the risks to which the pledgor is exposed"	"does not weigh so heavily"
"commissions can usually be revoked"	"a cumbersome way"	"may be anxious"
	"cannot choose counterparts so easily"	"it is not reasonable"
		"to be forced into with open eyes"
		"not a counter-argument worth considering"
		"strong reasons"

Note: It can here be noted that the assessments I have made when classifying the arguments can be discussed. There are some difficulties in classifying in a way that everyone can agree on.[9] One difficulty is for example that some arguments have more than one side; they can be seen as norm and fact, and even as value. It is however not of decisive importance that everyone makes the same assessments. The different effects of the method come primarily from the reflections concerning the arguments. By giving each argument a role in the overall argumentation, the analyst will get a useful picture. It is possible to problematise the classification to the extent that the process does not lead to the intended understanding of the argumentation, but the analyst has then probably turned the method into a theoretical exercise instead of having the ambition to

[9] Compare however "As long as it is unclear what we understand by facts, norms and values, such methodological discussions are prone to end in ambiguities, vagueness and confusion […]", J. Hage, "Facts, values and norms", in S. Taekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Edward Elgar Publishing, 2016. Several of the contributors of this anthology points at the complexity in the relation between norms, facts and values, and also the difficulties in se them as separate. See also for example H. Hyden and M. Svensson, "The Concept of Norms in Sociology of Law, Scandinavian Studies in Law", *Law and Society*, vol. 53, 2008, p.15-31.

analyse the argumentation at hand. The classification can rather be thought of as assessing the arguments of the argumentation at hand in relation to each other.[10]

The overview that this categorisation gives can, as mentioned, be used in several different ways. In the following sub-sections I give three examples.

A. Evaluation of the facts

Looking at the overview, a relevant reflection has to do with what is indicated by the assumptions on facts. The six assumptions on facts does not necessarily seem to be thought through. They might appear reasonable for someone who know as little as a lawyer typically do about the real world behind, but they might also make up a rather distorted version. By going through the arguments of facts this picture can be seen in a clearer way, and it can also be put into question.

To what extent is it for example, correct that – the debtors in question, can not choose counterparts so easily? – This argument is a classical argument. It can be supported by several portraits in literature of debtors who have gotten into trouble. Lawyers also know about these phenomena through legislation and cases. The conception of the debtor as the weaker market actor is probably as relevant today, as it was through history. But, at the same time, the society of today have been pictured as a credit society.[11] That is, a society where credit is the common way of financing different choices and activities. This development might have made the classical conception less relevant.

Another reason to evaluate the argument of the possibilities to choose, is that the debtors in question have certain characteristics. They are Sellers using their receivables as credit security. It can be questioned if they really have few alternatives when they choose between Financiers?

I would not like to claim that the argument from the prominent lawyer is incorrect. What I want to illustrate is just that the method can be helpful in the way described. The method can make it easier to identify arguments that it can be relevant to look into further.

---

[10] Compare the "pragmatic solution" and the "petrified crabs" of M. del Mar, "Relational Jurisprudence, Vulnerability between Fact and Value", *Law and Method*, 2012, p.63-81, also with references to other similar choices. M. del Mar, "The natural and the normative: The distinction, not the dichotomy, between facts and values in a broader context", in S. Taekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Edward Elgar Publishing, 2016, p.224-241.

[11] See for example D. Burton, *Credit and Consumer Society*, Routledge, 2007. Överskuldsättning i kreditsamhället? [traduction: *Le surendettement dans la société du crédit ?*] SOU (Swedish Governmental Inquiries) 2013:78. And an early example D. Caplovitz, "Consumer Credit in the Affluent Society", 33 *Law and Contemporary Problems*, 1968, p.641-655.

There are several reasons behind the weaknesses that can be found in lawyers' assumptions on facts, and the picture of reality lawyers paint. One such reason is a phenomenon called the lawyer made reality.[12] This is a set of claimed "facts" that lawyers have come to have a kind of mutual understanding of. The effect occurs since lawyers are trained to identify what has been said earlier on an issue or a context.[13] Because of this dogmatic approach also to facts, lawyers sometimes share a picture of reality that only they have among them. It can be a picture of reality stemming from even as early as the Roman lawyers, and thus from societies that had quite different circumstances then ours.

In the case of the example used here this can be illustrated with the third argument on the list in the illustration, that is the argument about "often an uneconomical way". This argument is a conception on the effects of selling a claim, compared to collecting the debt from the debtor. The assumption of fact might still be correct but knowing the dogmatic sources in the field at hand, it is easy to see that the argument has been repeated in legal texts through the years. It stems from earlier times, and it has, inter alia, been used fifty years ago to legitimise why a particular piece of legislation has the rules that it has.[14] The assumption of fact thereby shows the characteristics of a fact that is true for dogmatic reasons, rather than that it is the reality. It is however not that evident that the assumption is a correct assumption to do in our times.

To give an example that shows many characteristics of a lawyer made reality I can point at what might, in some cases, be behind the worries of the Seller, who does not trust the Financier. At the point in time when the Seller entered into the contract with the Financier, the Seller might have trusted the Financier because the impression of the wealth of the Financier. This impression thereafter turned out to be incorrect, since lot of the assets that the Financier seemed to have, were sold, or pawned, at an earlier point in time. The creditor gave the impression by having "false wealth". For those who know this argument false wealth is a general phenomenon, for all kinds of party relations. It is an argument used to legitimise the norms that give inter alia buyers of things incentive to take possession of what they buy. Lawyers learn this argument since they have to understand, and often also legitimise, some norms that gives such incentives. The false wealth example is an evident example since it over time seem to have had different standings in similar societies. It seems, for example, that it has different standings

---

12 H. P. Graver , *Den juristskapte virkelighet* [traduction: *La réalité créée par les avocats*], Tano, Oslo, 1986.

13 Which could be described as fiction, or artificial reason. Compare R. Herdy, "The epistemic dependence of judicial decision-makers", in S. Taekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Edward Elgar Publishing, 2016 p.84. In the same anthology P. Cserne, "Facts and norms in the behavioural assumptions of law", p.109. C. Fried, "The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know", 60 *Texas Law Review* 35, 1981, p.35-58.

14 The Swedish act Utsökningsbalken (1981:774) chapter 9 article 11-13.

the British and the Scandinavian societies, which, concerning these economical aspects, seem to be rather similar.[15]

B. Identifying missing arguments

Another reflection that the method can cause, concerns what arguments that might be missing. When the arguments are assessed and categorised as above the overview can make it easier to see possible tendencies or patterns. This might in turn be useful in attempts to come up with more arguments.

In these attempts it might sometimes be easy to see possibilities by associating from the arguments used. One such argument is in this case that "commissions can usually be revoked", that is the third argument on the list of norms in the illustration. Thinking of the relationship in such a way could bring the thought of another norm from that area. It could be a norm expressed in the legislation concerning commissions, like this one: *Has someone received a power to do and act for another and does the one who gave this power take damage therefrom, then blame himself who did not foresee better*. This normative argument need not be seen as more than remotely relevant, since the setting is such that the damage has not yet occurred, but it is an argument that can be compared to some of the value-based arguments on the list.

Another type of argument that is missing is also an argument that concerns the foresight of the parties involved. The overview of the arguments shows no arguments on how the parties can prevent trouble. There are no arguments concerning how the market can solve the issue, by constructing contractual terms. The reason might be that the Seller is assumed to cancel the contract with the Financier in a situation like this, but that is not a solid argument. The parties could decide the terms in a way that they strike such a balance that a cancellation will not happen. There seem to be several solutions that the parties could create to strike such a balance, inter alia by involving an appointed third party. The solution could be combined with damages for incurring costs when the Seller uses such a solution without a valid reason. If such arguments are added, they can be used also for the cases where the parties did not foresee the problem and therefore did not use a contractual solution. For those cases an additional argument can be that the solution of a judge should be such that the parties are given incentives to use a contractual solution.

There is also an entire type of arguments missing that is not unusual to find. It can be found both in the argumentation of researchers and practitioners, including not the least judges. This type of argument concerns solutions in other

[15] The false wealth conception is a research question on its own, but compare, for example, the rather different conceptions of the two law commissions of England and Sweden. *The Law Commission, Registration of security interests: Company charges and Property other than Land*, London, Consultation Paper No 164, 2002 1-3, and SOU (Swedish Governmental Inquiries) 2015:18, p.124.

jurisdictions and in model laws. Depending on the circumstances these arguments might be given rather much weight. For the example at hand this might be so since the involved parties might be from different jurisdictions, and it could seem remarkable if a lawyer, on an issue where there is no clear solution, deviated from a solution that is the common solution in other jurisdictions.

C. Assessment of the character of the argumentation

The categorisation of the arguments in norms, facts and values, gives an overview over all arguments. This overview can be used to reflect upon the character of the argumentation as a whole. A simple way of doing this is to notice that there are (in the overview above) 3 normative arguments, 6 arguments from facts (assumptions), and 9 value based arguments. If these numbers suggest anything at all, it might be that the argumentation to some extent relies on value-based arguments.

This overall picture might be useful for a lawyer dealing with the argumentation. The lawyer might find that the reason that the argumentation at first appeared to be convincing, is that the author is skilled in appealing to the readers value base, such as the readers sense of justice for weaker parties in general. An overview like this might help the reader to understand the argumentation in a way where this appeal might be assessed in a more self-conscious way, rather than through just a read-through of the text.

However, counting arguments is, of course, not a method that in itself is an assessment concerning an argumentation. The overview of the types of arguments is just a tool. What this tool can be used for needs to be reflected upon against the specific context.

VII. Cross-disciplinary possibilities

A possible effect of the analysis that I have described in the sections above, is an increased interest in other sciences. As described, a legal researcher who can identify the role of facts can find it relevant to investigate the facts. The investigation can be done in the way the researcher finds best. In issues like the example at hand, cross-disciplinary studies cross-disciplinary cooperation could be useful.[16]

The understanding that the lawyer gets from the perspective of the theory of law as norms, facts, and values, can solve some of the difficulties that lawyers have in cross-disciplinary work. What the lawyers need to do to, get further from the assumptions of facts that lawyers have made is, sometimes not much. Even a simple understanding of another discipline can then lead forward.

---

[16] Compare J. Hage, "Facts, values and norms", in S. Taekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Edward Elgar Publishing, 2016. In the same anthology: P. Cserne, "Facts and norms in the behavioural assumptions of law", p.105-106.

In the example used above a cross-disciplinary effort could be to investigate what has been mentioned on frequency, size of claims, known number of cases of distrust, etc, could be investigated. This does not necessarily need a cross-disciplinary effort, but an interest in the methods for doing this kind of investigation can be useful.

In cases where a more thorough understanding is needed the legal researcher might better use cross-disciplinary cooperation, and in such cases the understanding of how law can be seen as a symbiosis of norms, facts, and values, can be helpful. The legal researcher can for example use this understanding to find his or her role in cross-disciplinary cooperation. In such cooperation legal researchers are reported to have problems.[17] They, inter alia, tend to get the role of telling the others what the law is. The others want to know what the law is to use that information as a given. This can leave the legal researcher out of the actual research in the project, more or less. The legal researcher does not influence what the research question is, nor the method or the process to reach the result. When the legal researcher instead can point out that the law is based on a specific assumption of fact and, that it is relevant to know the reliability of that assumption of fact, chances increase that there can be a fruitful understanding between the researchers.

To give an example also of a case where cross-disciplinary cooperation can be especially useful, I can point at two studies concerning the principle of traditio.[18] Both these studies needed to deal with assumptions of facts made by lawyers, and the entire set of these assumptions where such that they had established a lawyer made reality.[19] This was the case since it, in many jurisdictions had been necessary to legitimize the choice of principle; traditio or contract. Lawyers had been dealing with the question if the principle of traditio is less or more efficient than the alternatives, but to a very high degree only within the dogmatic context. The issue was a rather big issue for the choice of principle in the DCFR-study. There were also two propositions to change principle in one jurisdiction, the Swedish. My colleagues and I, three lawyers and two finance economists, did two cross-disciplinary studies on the matter. We could show i) that there was indeed a rather distorted lawyer made reality involved in most of the legal argumentation

---

17 See for example I. J. Kroeze, "Legal Research Methodology and the Dream of Interdisciplinarity", *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 2013, (16)3, p.36-65. W. van der Burg, "The need for audacious, fully armed scholars: Concluding reflections", in S. Taekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Edward Elgar Publishing, 2016, p.265-286.

18 J. Andreasson, W. Faber, Shubashis Ganggopadhyay, C. Martinson and S. Sjögren, *Prioritet för köpare — en fråga om tradition eller princip?* [traduction: *Priorité aux acheteurs - une question de tradition ou de principe ?*], *Svensk Juristtidning*, 2015 p.709-748. J. Andreasson, W. Faber, S. Ganggopadhyay, C. Martinson and S. Sjögren, "Efficient priority rules under default: the case of traditio versus contract principle", *European Journal of Law and Economics*, 51(1), 2021, p.97-128.

19 See above concerning H. P. Graver, *Den juristskapte virkelighet* [traduction: *La réalité créée par les avocats*], Tano, Oslo, 1986.

that we analysed, ii) that there is no distinct difference between the two principles when it comes to efficiency. By "show", I mean that we have moved the research front on the issue. What we showed sets, in principle, a new standard where the issue needs to be treated as an issue concerning "priority for buyers"; which is the real issue. It is however another matter if lawyers and legal researchers will notice, since legal research is dogmatic, and national, to such an extent that most lawyers will not take notice of the research front.

VIII. Constructive method

From what has been mentioned in the sections above it is but a short step to take for anyone who likes to use the theory for constructive purposes. Several constructive elements have already been mentioned. The analysis of a legal argumentation can lead to different ideas on how to improve the argumentation. It is therefore of course also possible to use the theory for different ways of constructing new content on new research questions, that no one else investigated before.

Compared to the description of the method for analysis, a constructive approach can be achieved by turning the analytical tool around. Instead of starting with a legal argumentation, it means starting with identifying a question of law. The next step is to formulate this question as a question, that by being answered, can be turned into a norm, a rule. After that the process can simply be to identify and construct relevant arguments by using the perspectives norm-facts-values. By reflecting upon these different aspects of the legal issue the arguments, and maybe especially the assumptions on facts, can become a list. Looking at the list the weight of each assumption of fact can be considered in a conscious way. This can improve the way the issue is handled; both in legal research and in practice.

The method can be illustrated as below. As seen the question of law is a question concerning the duties of debtors in general. *Should a debtor be obliged to provide information about his debt to speculators and acquirers?*

Norms	Facts	Values
Rule: State authorities can oblige debtors	Who is the best party to limit the costs that occur?	Personal integrity
Rule: A debtor should not get in a worse position because of a transfer	A creditor can (in some cases) use terms concerning a dutyto inform to which the debtor	... but, the creditor have however told the speculator about the debt
A legal researcher: A debtor should be liable if he does not correct a speculator who has a wrong conception	An aquirer can hold the seller liable ... etc.	... etc.

Since the issue is dealt with in different ways in different jurisdictions, not all readers will agree that the arguments fit the respective context of their jurisdiction. Hopefully the reader can anyway use the illustration from the assumption that there, in the jurisdiction of the illustration, is no other regulation, or system, than what is mentioned in the illustration. At least the question of law should, as far as my experiences goes, be a question that does not have an evident answer in most jurisdictions, hence my choice of this question.

Note that the question at hand is a question that is constructed in a way that it could easily be turned into a norm. It starts with a "should" and contains requisites. If answered with a "yes", the norm becomes: *A debtor is obliged to provide information about his debt to speculators and acquirers of the claim against the debtor*. Since this becomes a rather broad norm, it might be necessary to add restraining factors to the question, or the norm, such as – if the debtor is compensated for the costs for providing the information, or, if the debtor does not thereby reveal integrity sensitive information about himself.

IX. And back to the theory

What I have explained in the sections on the example above, is how the theory in question can be used to create different methods. The methods can mainly be used for analysing legal argumentation and for constructing legal argumentation. In this last section of the article, it is relevant to point out that I, by explaining this, have indirectly put forward support for the theory. I have indirectly showed support for the claim that lawyers use not only norms, but also what can be seen

as facts and values. One thing that I have illustrated is that some lawyers do this rather openly. They reveal some of their understanding the context they deal with. A reason for this can be that they need to legitimise the standing they argue for.

What I have not shown clear support for is the claim that lawyers use facts and values also without making it evident to themselves. The claim is that lawyers make assumptions on facts both consciously and subconsciously, without necessarily thinking their assumptions through. This includes that they also use their values in what they interpret. It is my experience that lawyers do this, and I have many times seen that revealed in oral discussions. I have however not here shown support for this claim, and therefore leave that to the experience of the reader. Nevertheless, my claim is still that it, also in these subconscious cases, is relevant to think in terms of a relationship between norms and facts, as well as between norms and values.

Looking at what I have showed it is possible to claim that there is indeed support for acknowledging a relationship between norms and facts, as well as between norms and values.[20] Law can be understood as norms, facts, and values. There might even be reason to claim that legal research can gain from developing the understanding of this relationship, since it can be seen as an unavoidable part of what law and legal activity is.

Although I think the theory is of fundamental importance for what I have explained, I like to end with pointing out that the main point of what I have presented is how the theory can be used. It can be used to construct methods for legal analysis in both legal research and practice, and for constructing legal reasoning. Hopefully, the readers can find some use of these thoughts and make something out of them that fits for their understanding and their preferences.[21]

---

[20] Compare the contributions in S. Taekema, B. van Klink and W. de Been (eds.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Edward Elgar Publishing, 2016. Compare also F. Rouvière, "Existe-t-il un concept juridique de fait?", in *Cahiers de méthodologie juridique 2022-3*, p.1397-1414. C. Aubry de Maromont, "Et si le questionnement des rapports entre les faits et le droit révélait les écueils de la production scientifique dans la discipline juridique?", in *Cahiers de méthodologie juridique 2022-3*, p.1379-1396.

[21] An example W. Faber, M. Lilja (and G. Kreuzbauer), "Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables - Part 1: Description of the Problem and General Outline", *European Property Law Journal*, 1(1), 2012, p.10-53. W. Faber (and M. Lilja), "Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables - Part 2: Examples and Conclusions", *European Property Law Journal*,1(2), 2012, p.232-298. See also my study C. Martinson, *Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat* [traduction: Fifteen Research Results in Property Law], Iustus, 2018.

LE JUGE ET SON ESTOMAC

RETOUR SUR UN MYTHE DU RÉALISME JURIDIQUE AMÉRICAIN

Matthieu GAYE-PALETTES
Doctorant à l'Université Toulouse 1 Capitole

Résumé : « La décision judiciaire est fonction de ce que le juge a mangé à son petit déjeuner ». Symbole d'une caricature théorique, croque-mitaine juridique d'un juge irrationnel, intrinsèquement subjectif puisque physiologiquement conditionné, cette maxime connaît pourtant une littérature foisonnante. L'article se propose alors d'esquisser le renversement qu'a connu le regard de la doctrine autour de la théorie du petit-déjeuner qui est passé d'exagération théorique au début du XX^e^ siècle à une hypothèse crédible et testable par les outils statistiques contemporains. La théorie fait ainsi figure de mythe utile dans la littérature américaine. Partant, elle servit à décrédibiliser les pensées réalistes par une réduction de leur thèse à l'argument que le juge décide en fonction de son petit-déjeuner. Si cette critique théorique perdure encore, elle cohabite aujourd'hui avec une réutilisation massive de la théorie du petit-déjeuner dans des programmes de recherche testant la relation d'influence des facteurs extra-normatifs sur la décision judiciaire.

Mots-clés : Réalisme juridique – Recherche juridique empirique – Doctrine américaine – Théorie de la décision

Abstract *: « The judicial decision is a matter of what the judge had for breakfast ». This maxim is a symbol of a theoretical caricature, a legal bogeyman of an irrational judge, intrinsically subjective because physiologically conditioned, and yet there is an abundance of literature related to this analysis. This paper will then outline the reversal of legal scholarship on the Breakfast Theory, from a theoretical exaggeration at the beginning of the 20th century to a credible hypothesis that can be tested by contemporary statistical tools. The theory has thus become a useful myth in American literature. As a result, it has been used to discredit legal realist thinking by reducing its thesis to the argument that the judge decides after his breakfast. While this theoretical criticism persists, it now coexists with a massive recycling of the Breakfast Theory in research programs testing the influence of extra-normative factors on judicial decisions.*

Keywords *: Legal Realism – Empirical legal research – American legal scholars – Judicial decision-making*

Qu'il soit permis à chacun de s'égarer dans les doctrines sinueuses de la production jurisprudentielle, questionnant alors les mécaniques du raisonnement judiciaire et l'espace complexe des raisons et des causes décisionnelles, et il sera étonné de voir surgir, souvent au débotté, la mention des expériences culinaires des magistrats. En faisant un pas de plus vers l'estomac de nos juges, sa surprise se muera en perplexité face à la constances des citations de ce que tout le monde s'accorde pourtant à voir comme une exagération, une caricature, ou même une blague théorique[1]. La « théorie du petit-déjeuner » a sans conteste le vent en poupe. S'il ne suffisait pour s'en convaincre que d'observer les multiples mentions qui en sont faites dans les ouvrages français[2] portant leur regard sur les réalistes américains, c'est avec la force de l'évidence que s'impose l'immense écho qu'a connu depuis 2011 l'article « Extraneous factors in judicial decisions »[3] de trois chercheurs israéliens, prenant l'hypothèse en point de départ d'une étude statistique d'une série de décisions de libération conditionnelle[4].

C'est donc avec circonspection qu'il est possible d'approcher la « théorie du petit-déjeuner » en remarquant d'abord ses multiples visages, tant « *gastronomical jurisprudence* », que « *bellyache theory* », « *digestive theory* » ou encore théorie du « *hungry judge* »[5]. Une telle variété d'appellations dissimule cependant une formulation relativement canonique que l'on peut emprunter, entre autres, à Frederick Schauer aux termes de laquelle la décision judiciaire est déterminée par « ce que le juge a mangé pour le petit-déjeuner »[6]. Cette théorie, si tant est qu'elle en soit une, n'est guère plus développée. Elle tendrait à s'inscrire dans le champ de l'analyse des choix opérés par les acteurs juridiques – système de *Common law* oblige, les juges en sont les destinataires privilégiés – pour identifier un modèle causal du raison-

---

1 Sur ce dernier, L. B. Eliot, « Judicial rulings per what the judge ate for breakfast and how AI fits in », *AI & Law*, 2021, p. 4.

2 On la retrouve cité, entre autre, au titre d'exagération du réalisme américain dans, X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 123 ; également à titre d'exotisme chez V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2e éd., Dalloz, 2016, p. 237 ; ou en tant que programme de recherche de certains réalistes américains, V. E. Millard, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Dalloz, 2022, p. 58.

3 S. Danziger, J. Levav *et al.*, « Extraneous factors in judicial decisions », *PNAS*, vol. 108, 2011, n° 17, p. 6889.

4 Google Scholar recensait en 2022 pas moins de 1436 citations de l'article dans des revues scientifiques de droit, psychologie, économie ou encore médecine. leur recherches connaissent également une réception inégalée dans la presse grand public. V. entre autres, S. Faure, « Les magistrats jugent-ils en fonction de leur petit-déjeuner », *Libération*, 2016 ; A. Pairo-Vasseur, « Les juges plus sévères le ventre vide ? », *Le Point*, 2021 ; B. Bryant, « Judges are more lenient after taking a break, study finds », *The Guardian*, 2011.

5 Si la première demeure avec le terme « *breakfast theory* » l'expression consacrée, on retrouve également les autres respectivement dans, M. P. Golding, « Realism and functionalism in the legal thought of F. S. Cohen », *Cornell L. Rev.*, vol. 66, 1980-81, p. 1050 ; G. Tuzet, « A short note on digestive realism », *Revus*, vol. 25, p. 11 ; J. C. Bublitz, « What is wrong with hungry judges ? A case study of legal implications of cognitive science », in A. M. Waltermann *et al.* (dir.), *Law, Science, and Rationality*, Eleven International Publishing, 2019.

6 F. Schauer, *Thinking like a lawyer : A new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press, 2009.

nement juridictionnel. Le positionnement sous-tend néanmoins une théorie des humeurs où le petit-déjeuner agirait comme facteur d'influence sur un juge, qui ne serait plus guidé par sa raison rationnelle, mais par ses humeurs irrationnelles. Se retrouve en filigrane le dualisme du corps et de l'esprit où seul le dernier devrait être le lieu du droit isolant le premier dans l'empire des faits[7]. La théorie du petit-déjeuner formaliserait donc un croque-mitaine de la théorie du droit avec lequel l'idiosyncrasie factuelle viendrait dévorer la rationalité juridique.

Si cette théorie est communément excipée comme slogan du mouvement extrêmement lâche du réalisme juridique américain, tel qu'il s'est développé dans les années 30 au sein des *law schools* américaines à partir de postulats de la *sociological jurisprudence*, la parenté ne leur reviendrait pas. Dan Priel, dans son étude historique de la théorie du petit-déjeuner aux États-Unis, qualifie l'idée d'« impalpable » tant elle est familièrement reçue dans la croyance collective américaine à partir du XIX^e^ siècle[8]. Les journaux portent ainsi diverses mentions de la digestion juridictionnelle lorsqu'il y a lieu de dénoncer une décision inattendue et estimée intolérable, résultat certain d'un pouvoir discrétionnaire. Ce rapport à l'arbitraire est ainsi le cœur de la théorie. Celle-ci se trouvait pourtant déjà formalisée bien avant en Europe selon Giovanni Tuzet[9], la faisant remonter d'un côté au philosophe français Julien Offray de La Mettrie dans *L'homme machine* de 1747[10] et de l'autre au *Magnum Opus* de Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* de 1764 où il dénonce, dans son chapitre sur l'interprétation des lois, la dangerosité pour un juge de spéculer sur l'esprit d'une loi tant il peut reposer sur la subjectivité de ses errances digestives[11]. Déterminer l'origine exacte de cette théorie s'avère donc complexe et sans aucun doute inutile tant elle semble se perdre dans des folklores populaires d'une justice inique[12]. De telles études témoignent cependant de l'enracinement de la question et de l'inquiétude cachée derrière la caricature

---

7 V. sur ce point les développements platoniciens d'une justice sans corps, idéalisée, J. Allard, « L'impartialité au cœur de l'autorité du juge. Approches philosophiques », *Les Cahiers de la Justice*, 2020/4, n° 4, p. 665.

8 D. Priel, « Law is what the judge had for breakfast : a brief history of an unpalatable idea », *Buff. L. Rev.*, vol. 68, 2020, not. p. 918-923.

9 G. Tuzet, art. cité, p. 11.

10 J. Offray de La Mettrie, *L'homme Machine*, 1947 ; Il est intéressant de noter que si aujourd'hui le juge repu est considéré comme moins sévère que le juge affamé, chez l'auteur français l'inverse était inscrit. Un juge qui jeûne sera plus clément qu'un juge rassasié – qu'il conçoit comme clairement injuste.

11 C. Beccaria, *Des délits & des peines*, Éditions du boucher, 2002 [1764], p. 17.

12 Cette inquiétude fut légitimatrice des conceptions radicales du juge automate et « bouche de la loi », pour reprendre les termes de Montesquieu, (sur ce point, C. Spector, « La bouche de la loi ? Les figures du juge dans l'esprit des lois », *Montesquieu Law Review*, 2015, p. 87 et s.) qui connurent en France un certain succès chez les constituants révolutionnaires. Supprimer l'arbitraire se cultivait alors par la subordination stricte au texte de la loi. Le XIX^e^ siècle rompra en France avec cette idéalisation chez des auteurs qui, dès Portalis, mettent en avant, non le pouvoir discrétionnaire, mais la sagesse et la raison pour mettre en action l'esprit de la loi, V. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Confluences, 1999 [1801].

de la théorie du petit-déjeuner qui viendrait effriter les fondements idéologiques d'une justice non plus seulement aveugle, mais incorporelle.

Le présent texte n'entend pas évaluer la véracité ou non du lien existant entre la décision d'un juge et les différentes caractéristiques de son petit-déjeuner. La réponse à une telle question serait trop ambitieuse et fait déjà l'objet d'une littérature théorique foisonnante, à laquelle s'ajoute aujourd'hui tout un ensemble d'analyses empiriques qui ont tenté d'en vérifier l'hypothèse. Le point de départ est tout autre. Il commence là où concluent Laetitia Brunin et Harold epineuse qui notent que les travaux sur le petit-déjeuner sont sans doute moins intéressants pour ce qu'ils démontrent que pour « l'étonnement – voire l'agacement – qu'ils provoquent chez les juristes, et la réponse qu'ils méritent qu'on formule en retour »[13]. C'est donc un pas de côté qui est opéré pour s'intéresser non directement à la théorie du petit-déjeuner, mais à ceux qui la manipulent, soit pour la formuler ou pour la défendre, soit pour la critiquer. Devant cette multitude d'œuvres, il sera tenté d'esquisser, dans les limites éditoriales, un panorama d'un glissement, pour ne pas dire d'un renversement spectaculaire, qui s'est opéré dans l'appréhension doctrinale de la thèse du petit-déjeuner. La où elle fut originellement considérée comme une caricature utile, permettant de jeter le discrédit sur une représentation réductionniste du droit ramené à des orientations subjectives, elle connaît aujourd'hui un regain d'intérêt en tant qu'hypothèse testable, dont la crédibilité ne supporte plus que des contestations méthodologiques.

À cette fin, une scission relativement nette peut être opérée entre deux dates paradigmatiques qui cristallisent avec une certaine précision le débat autour du petit-déjeuner. La première se situe en 1930 avec la parution de l'ouvrage *Law and The Modern Mind* de Jerome Frank[14] qui tendra le bâton le plus robuste avec lequel sera attaqué l'intégralité du réalisme juridique américain. L'ouvrage fournit le point d'entrée de la théorie du petit-déjeuner sur la scène juridique contemporaine. Il servira d'ancrage à un « mythe utile », qui permet à moindre coût de rabaisser la thèse réaliste, étendant les motivations décisionnelles aux influences extranormatives par une caricature voulant que le droit soit *seulement* affaire de ce que le juge a mangé pour le petit-déjeuner[15] (I). La seconde fut citée précédemment avec la publication quelque 80 ans plus tard, en 2011, de l'article de Shaï Danziger, Jonathan Levav et Liora Avnaim-Pesso[16] poursuivant un programme de recherche ouvert par le réalisme juridique et pérennisé par les travaux sur les biais cognitifs et l'irrationalité des choix donnant vie au mythe. La caricature s'évapore alors pour laisser place à

---

[13] L. Brunin, H. Epineuse, « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2015/4, p. 503.

[14] J. Frank, *Law and the modern mind*, Routledge, 2017 [1930], p. 147 ; Si nous verrons par la suite que ce n'est pas l'œuvre principale où il mentionne la théorie du petit-déjeuner, c'est en tout cas la première.

[15] L'exclusivité du petit-déjeuner comme cause de la décision est utilisée par R. Dworkin, « Dissent on douglas », *N. Y. Rev. Books*, 1981, p. 4.

[16] S. Danziger, J. Levav *et al.*, art. cité, p. 6889.

la falsification scientifique où les critiques questionnent *dans quelle mesure* la décision est affaire de ce que le juge a mangé au petit-déjeuner (II).

I. La théorie du petit-déjeuner : caricature utile aux critiques du réalisme juridique américain

L'affiliation de la théorie du petit-déjeuner aux réalistes est devenue un truisme qui a encouragé la critique et le rejet du réalisme américain en tant que théorie crédible tant elle était la seule chose que les juristes diplômés des *law schools* connaissaient de ce mouvement[17]. Il est paradoxalement intéressant de noter que cette critique du petit-déjeuner est unanime, tant chez les contradicteurs des réalismes, qui en font un épouvantail rhétorique pour critiquer deux postulats majeurs du réalisme juridique (B), que chez les réalistes eux-mêmes qui prenaient déjà leur distance face à ce qu'ils considéraient comme une thèse exagérée (A).

A. Une distanciation initiale des auteurs réalistes envers la digestion

Lorsque Dan Priel se demande si les réalistes ont un jour discuté de la théorie du petit-déjeuner, il conclut positivement[18]. S'il est incontestable que des mentions furent faites, il est cependant plus juste d'observer une distance envers cette théorie qui demeure le plus souvent rejetée – lorsqu'elle n'est pas un impensé – par la plupart des auteurs réalistes nord-américains (1) à l'exception de Jerome Frank tenant une position ambivalente à son égard (2).

1. Une mention globalement hostile du « noyau dur »[19] réaliste

Parmi la diversité des points de vue qui forme le réalisme juridique américain, la théorie qui nous intéresse n'est jamais étudiée, ni même en substance défendue dans leurs textes. Les seules mentions plausibles sont celles proposées furtivement par Karl Llewellyn ainsi que Felix Cohen[20]. Elles dénotent néanmoins toutes les deux d'une certaine méfiance pour une dimension idiosyncratique de la décision de justice qui ferait dépendre le résultat d'une affaire d'éléments de psychologie individuelle. Karl Llewellyn énonce seulement dans un article qu'il

---

17 M. J. Horwitz, *The transformation of american law, 1870 -1960 the crisis of legal orthodoxy*, Oxford University Press, 1992, p. 176.

18 D. Priel, art. cité, p. 906 et s. ; Cela vient s'opposer notamment à B. Leiter, « Positivism, Formalism, Realism », *Columb. L. Rev.*, 1999, n° 4, p. 1148 ; Ce dernier conteste radicalement toute affiliation.

19 L'expression fait référence à un ensemble d'auteurs proposé par Frederick Schauer comme incontestablement réalistes. Elle nous permet d'éviter rapidement les longues querelles sur la liste des réalistes américains. V. F. Schauer, « Twining on Llewellyn and legal realism », in U. Baxi *et al.* (dir.), *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts*, Cambridge University Press, 2015, p. 274.

20 On retrouve certains auteurs périphériques, tels que Charles E. Clark, qui se sont distancés de ceux affiliés à la *gastronomical jurisprudence*, V. C. E. Clarks, « Review of "Law and the social order" de Morris R. Cohen », *The Yale Rev.*, vol. 23, 1934, p. 426.

« ne considère ni [le petit-déjeuner, ni le mal de tête des juges] comme des orientations d'études particulièrement fructueuses »[21]. Ils ne sont toutefois pas emplis d'absurdité, notamment pour les avocats qui doivent plaider un cas. Ces derniers s'intéressent à la décision en tant qu'entité individuelle rendue à un moment, dans un lieu et par un juge donnés. Comme le comprend Karl Llewellyn, pour ces acteurs, les règles n'ont qu'un attrait fonctionnel en tant qu'outil utilisé[22] par le magistrat dont ils attendent de connaître au mieux sa volonté. Ainsi s'il rejette la théorie du petit-déjeuner, c'est alors seulement parce qu'il considère comme négligeable – mais non absurde – la part de la subjectivité psychologique dans le droit dans son ensemble. Le professeur de Columbia opère par là un arrêt quasi dogmatique de la réduction juridique. Il stoppe les facteurs probables influençant le juge au contexte socio-politique, dans lequel pourrait être trouvé le juste social, qui entoure toute décision et qui construit les tendances idéologiques[23].

Cette posture est maintenue dans un aspect largement plus critique par Felix Cohen qui rejette purement et simplement la pensée du petit-déjeuner. Il assène à ce titre que « le droit n'est pas un amas de décisions disparates ni le produit des maux de ventre (*bellyache*) des juges »[24]. Le réalisme juridique qu'il défend doit ainsi s'écarter de la psychoanalyse que promeut notamment Jerome Frank et qui n'a apporté, à son époque, aucune technique ni aucun résultat valable permettant de répondre au programme prédictif qu'avancent les réalistes pour la discipline juridique[25]. Au travers du petit-déjeuner, c'est toutes les démarches introspectives que rejette Felix Cohen pour leur préférer une version sociologique appréhendant le juge non comme un individu lambda, mais comme un individu au sein d'une fonction institutionnalisée en corps professionnel. Tout magistrat compte au sein d'un champ social déterminé qui modèle une idéologie particulière relativement stable et agissant en tant que force sociale sur la décision rendue. En affirmant que la « décision judiciaire est un événement social »[26], il entend affirmer que l'individu n'est pas totalement maître de sa décision et s'inscrit dans un réseau de contraintes qui cloisonne sa pratique.

---

21 K. N. Llewellyn, « On reading and using the newer jurisprudence », *in* le même, *Jurisprudence – realism in theory and practice*, Transaction publishers, 2008, p. 141.

22 S'il nuancera en partie son scepticisme à l'égard des règles, elles restent des « *pretty playthings* » (K. N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, Quid Pro Books, 2012 [1930], p. 14), c'est-à-dire des outils qui servent une fonction pour le juge. Sur ce point, V. W. Twining, *Karl Llewellyn and the realist movement*, 2e éd., Cambridge University Press, 2012, p. 148-152.

23 Tendance qui se traduira en science politique par l'élaboration d'« *attitudinal models* » codés à partir des affiliations politiques, V. J. A. Segal & H. J. Spaeth, *The supreme court and the attitudinal model revisited*, Cambridge University Press, 2002.

24 F. S. Cohen, « Transcendental nonsense and the functional approach », *Colum. L. Rev.*, Vol. 35, 1935, n° 6, p. 843.

25 F. S. Cohen, « Field theory and judicial logic », *Yale L. J.*, vol. 59, 1950, n° 2, p. 261.

26 F. S. Cohen, « Transcendental nonsense… », art. cité, p. 843.

Cette posture d'une partie des réalistes face à la théorie du petit-déjeuner est un bon révélateur d'une des scissions internes au mouvement qui oppose un bloc partisan d'une forme de *conventionnalisme* social de la décision ne pouvant être comprise et expliquée qu'à partir d'un contexte politico-social dans lequel elle s'intègre[27] et un bloc davantage *subjectiviste* arguant d'un psychologisme où la décision ne s'extrait pas des variations individuelles du décideur. Jerome Frank est iconique de cette seconde voie que les premiers rejettent, non parce qu'elle est absurde, mais parce qu'elle dissimule les tendances macro-systémiques.

2. Le rapport ambivalent de Jerome Frank

Si l'avocat de Chicago se voit constamment affilié à la théorie du petit-déjeuner c'est en partie parce qu'elle fut mentionnée à plusieurs reprises tout au long de ses travaux sans qu'un positionnement parfaitement clair puisse être identifié. Ainsi dans son ouvrage *Law and the Modern Mind*, il n'y est fait allusion qu'à travers la citation d'une décision qualifiée « d'amusante » de la Cour suprême d'Alabama rendue par le juge Peters, évoquant succinctement les interférences que peuvent avoir l'indigestion ou le mal de dents sur son évaluation de l'affaire. Ce n'est réellement que dans *Courts on Trial* et certains de ses articles que Jerome Frank consacrera certains de ses développements à la « *gastronomical jurisprudence* » en tant que théorie préexistante et relativement bien installée dans l'imaginaire juridique américain[28].

Son positionnement est alors double. D'un côté est opérée au même titre que les autres réalistes une distanciation sceptique envers une compréhension globalisante de cette théorie. Il reconnaît ainsi que « sous la rubrique des troubles gastronomiques, on ne peut subsumer toutes les irrationalités des juges »[29]. Là encore, il n'y a pas de franche dénégation de l'influence digestive, mais seulement un refus de la comprendre comme l'explication exclusive du raisonnement judiciaire. La décision n'est pas *que* le fait du petit-déjeuner. Il s'écarte ainsi de ce qui représente à son sens une psychologie behaviouriste « tout autant naïve et dogmatiquement déterministe »[30]. Pourtant, d'un autre côté, il ne peut s'en détacher en l'appréciant pour ce qu'elle révèle, c'est-à-dire que « parfois, l'état physique ou émotionnel d'un juge a un effet marqué »[31]. Son adhésion n'est de ce fait pas totale et lui sert davantage d'argument opportun pour venir appuyer ses propres thèses. Elle contribue à démontrer la non-spécificité du juge en tant

---

27 V. entre autres, A. Kronman, « Jurisprudential Responses to legal realism », *Cornell L. Rev.*, vol. 73, 1987-1988, p. 338-339.

28 J. Frank, « Disturbing look at the law Schools », *J. Legal Educ.*, vol. 2, 1949, p. 189. Il la discute comme étant la théorie de George Hornstein.

29 J. Frank, *Courts on trial - Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1950, p. 161.

30 J. Frank, « Short of sickness and death : a study of moral responsibility in legal criticism », *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 26, 1951, p. 612.

31 J. Frank, *Courts on…*, *op. cit.*, p. 162.

qu'acteur duquel le droit dépend et qui est soumis comme tout autre individu à des facteurs « non-intellectuels » – dans le sens non-rationnels ou rationalisables – emmurant le juridique dans l'idiosyncrasie de son auteur.

Que Jerome Frank ne puisse se défaire totalement de la théorie du petit-déjeuner, venant confirmer la subjectivité des choix juridiques, ne doit pas égarer en laissant croire qu'il entrevoit l'interprétation des règles par le prisme des émotions. L'erreur, notamment de la critique de Felix Cohen, provient de ce que les deux auteurs ne discutent pas du même niveau de scepticisme décisionnel. Ainsi, ce dernier – auquel s'ajoute Karl Llewellyn et un certain nombre de réalistes américains dans son sillage – est un « sceptique des règles ». Il conteste par là que pour des faits donnés, il est possible de déterminer l'application normative par simple syllogisme et établit par la suite que la solution dépend en partie du contexte[32]. Cela s'explique par un point de vue largement capté par les juridictions supérieures ou la Cour suprême des États-Unis. Sur ce point-là, Jerome Frank ne les conteste pas et est en accord sur le fait que la psychologie individuelle n'intervienne qu'anecdotiquement. Néanmoins, l'auteur situe sa pensée dans un « scepticisme des faits » tiré de son attrait pour les *trial courts*[33]. Dans ce sens, la décision de justice est imprévisible parce qu'il est difficile d'estimer comment un juge comprendra les faits qui vont lui être rapportés durant le procès par les divers témoins et experts. C'est principalement à ce titre qu'intervient le subjectivisme radical et que l'on peut comprendre qu'il exprime qu'une « mauvaise nuit de sommeil, causé par une "douleur intestinale", peut diminuer l'attention [du juge], déformer ses observations, ou affaiblir sa mémoire »[34]. Les émotions et la physiologie agissent en conséquence spécifiquement lors de l'établissement des faits d'un cas et non au moment de leur appliquer une règle.

B. Un usage par la critique : une digestion à double visage

Entre les mains de commentateurs critiques du réalisme américain, la théorie du petit-déjeuner est une réduction par l'absurde distillant facilement tout ce qui est contestable dans leurs écrits[35]. Sans revenir sur l'exagération qu'elle constitue, il peut être noté qu'elle assure une critique d'apparence contradictoire puisqu'elle tourne au ridicule l'idée d'un juge *juridiquement* libre (1) et également celui d'un juge *factuellement* contraint (2).

---

32 B. Leiter, « Legal realism and legal positivism reconsidered », *Ethics*, vol. 111, 2011, n° 2, not. p. 289 et s ; Il ne s'agit d'ailleurs pas de rejeter la règle en tant que facteur d'influence, mais simplement d'en nuancer son exclusivité dans le conditionnement de la décision.

33 V. not. W. E. Rumble Jr., « Rule-skepticism and the role of the judge : A study of american legal realism », *J. Pub. L.*, vol. 15, 1966, p. 252-253.

34 J. Frank, « Short of sickness… », art. cité, p. 612.

35 D. Priel, art. cité, p. 904.

1. La loi des hommes : critiquer la liberté décisionnelle

La théorie du petit-déjeuner sera mobilisée par des auteurs, tels que Ronald Dworkin, afin de simplifier le scepticisme des réalistes américains à l'égard des règles juridiques pour le transformer en nihilisme normatif. Se rassurant ainsi dans *Law's Empire* que les réalistes soient tombés dans l'oubli, il déclarait que

> « certains d'entre eux ont tiré une grande satisfaction dans des déclarations provocatrices de leur position : le droit n'existe pas, disaient-ils, ou le droit n'est que la prédiction de ce que les tribunaux feront ou seulement question de ce que le juge a mangé au petit-déjeuner »[36].

Les réalistes auraient ainsi tout bonnement cherché à dissoudre la raison normative qui s'impose aux acteurs pour le remplacer par des choix intuitifs fondés sur le désir d'un résultat. La certitude juridique ne serait qu'une illusion formaliste occultant les forces discrétionnaires imprévisibles et incertaines. Or, la position originelle des réalistes américains est largement plus nuancée. Elle ne vise qu'à amoindrir la relation de causalité entre la règle générale et la décision individuelle pointant l'existence de facteurs circonstanciels qui rendent caduc le pouvoir explicatif d'une logique syllogistique sur la décision de justice. Ainsi, s'il n'est pas possible que les règles « lient comme lient des chaînes »[37] dans le paradis formaliste, il n'empêche pas qu'elles demeurent un élément principal de la motivation judiciaire. Le petit-déjeuner sert dès lors au contradicteur de marqueur ludique, bien que trompeur, d'un dualisme théorique opposant le formaliste objectiviste – exagération théorique que l'on doit cette fois-ci aux réalistes – et le réaliste subjectiviste condamnant la règle à un rôle justificatoire *a posteriori*.

En soit, les auteurs les plus critiques envers le petit-déjeuner, tels que le juge Alex Kozinski, s'en servent au final pour s'approprier discrètement l'acquis du réalisme qu'existe une large portion discrétionnaire dans toute décision[38]. Ce qui est ici en jeu relève alors sans doute plus de la généralisation de cette part discrétionnaire amenant une contestation de la neutralité judiciaire. Alex Kozinski ajoute ainsi que les juges « ne peuvent simplement pas faire ce qu'ils veulent »[39]. On touche ici à une forme de crainte que, pour s'approprier l'expression de Pierre Brunet, le droit ne compte plus comme texte[40]. C'est finalement une probléma-

---

36 R. Dworkin, *Law's empire*, Chap. V « pragmatism and personification », The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 153.

37 H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, p. 172 ; Si Herbert Hart ne mentionne jamais la théorie du petit-déjeuner il critique néanmoins le réalisme américain pour le nihilisme conduisant à la théorie holmésienne de la prédiction.

38 A. Kozinski, « What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 26, 1993, n° 4, p. 994.

39 A. Kozinski, art. cité, p. 994.

40 V. P. Brunet, « Quand le droit compte comme texte », *RIEJ*, vol. 70, 2013/1, p. 54 et s.

tique idéologique du droit touchant à l'arbitraire du juge. La digestion en serait le miroir en ce qu'elle refléterait le personnel, l'intime qui n'est pas lié aux normes sociales et impliquerait un raisonnement aléatoire, voir largement injuste[41]. C'est ce qui est rejeté là encore par Ronald Dworkin remplaçant le pouvoir discrétionnaire des cas, même complexes, par une recherche de la « bonne réponse » gouvernée par la règle[42]. Elle fournit donc une absurdité utile permettant d'assimiler le réalisme juridique américain à une théorie nihiliste voyant dans la décision un pur arbitraire et soutenant idéologiquement un décisionnisme radical qui fut à d'autres endroits vivement attaqué par les tenants du droit naturel américain[43].

2. La loi des faits : critiquer le déterminisme

Paradoxalement, le second élément forme le revers de la médaille. Si le droit n'est pas juridiquement conditionné, la discrétion judiciaire repose sur des déterminismes strictement factuels. C'est toute la logique de la prédiction qui entrevoit le comportement des juges à travers la reconnaissance d'un ensemble de régularités comportementales dû à des facteurs exogènes à la norme. La théorie du petit-déjeuner illustre ainsi pour Alexander Peczenik la forme extrême et absurde d'un élargissement sans limites des « facteurs sources », c'est-à-dire de l'ensemble des facteurs causaux pouvant influencer la décision, mais ne fournissant pas de raison d'autorité leur permettant d'être mobilisés en tant que source du droit[44]. La critique extrapolera là encore pour remettre en cause, non l'existence d'un contexte, mais l'appréhension exclusivement déterministe et causale du juge. La règle juridique serait alors déclassée pour n'exister que comme un facteur trivial sans autre valeur spécifique au sein de la balance des causes. La théorie du petit-déjeuner devient une caricature utile garantissant la force de l'absurde pour des auteurs revendiquant la spécificité normative face aux facteurs exogènes[45]. Sous cette revendication, le droit n'est pas un facteur comme les autres et le raisonnement juridique se distingue du processus psychologique de décision. Ino Ausberg

---

41 C. M. Yablon, « Justifying the judge's hunch : an essay on discretion », *Hastings Law Journal*, vol. 41, 1990, n° 1, p. 236.

42 V. F. Schauer, « Legal Realism Untamed », *Tex. L. Rev.*, vol. 91, 2013, p. 760-764.

43 Allant jusqu'à qualifier de fascistes les pensées réalistes F. E. Lucey, « Natural law and american legal realism : their respective contribution to a theory of law in a democratic society », *Geo. L. J.*, vol. 30, 1942, p. 533 ; Ces accusations amèneront Jerome Frank à devoir expliquer son positionnement face à Hilter, V. N. Duxbury, « Jerome Frank and the Legacy of legal realism », *J. L. & Soc'y*, vol. 18, 1991, p. 193.

44 A. Peczenik, « Scientia Juris », in E. Pattaro (dir.), *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 4, Springer, 2005 p. 15 ; Il distingue ainsi entre les sources du droit donnant des raisons autoritaires aux décisions et les simples facteurs qui sont en dehors de la validité, mais influencent effectivement la décision. La théorie de la digestion ferait partie des théories des sources en l'élargissant aux facteurs causaux et naturalistes, V S. Jorgensen, « Idealism and realism in jurisprudence », in le même, *Values in law*: *ideas, principles and rules*, Juristforbundets forlag, 1978, p. 45.

45 C'est ce que l'on retrouve notamment chez W. L. King, « The breakfast Theory of jurisprudence », *Dicta*, vol. 14, 1937, n° 6, p. 143.

voit ainsi dans l'argument juridique un phénomène particulier d'argumentation valide, de « *wish-for form* »[46] qui est manqué par toute tentative purement déterministe ou externe de science juridique. L'approche déterministe externe, rejetée vers les sciences auxiliaires telles que la sociologie, ne suffirait pas à expliquer la décision qui répond à une logique interne à l'argumentation juridique.

Le petit-déjeuner ouvre ainsi à une critique épistémologique soulevant, entre autres, le problème indéterminable de la fixation des frontières du « contexte ». Le réalisme juridique américain, en mettant l'emphase sur ces éléments extranormatifs, amène les chercheurs à devoir fixer la borne terminale à ne pas dépasser sous peine d'inclure la composition du petit-déjeuner ou l'état des relations conjugales des juges[47]. Ce besoin de limitation fait écho aux jugements de l'absurdité de telles recherches qui fut largement relayée aux États-Unis, notamment par Walter Kennedy, qui critique les réalistes voulant résoudre les problèmes juridiques par des « spécialistes de l'estomac »[48]. L'auteur conservateur n'est pas hostile par principe, mais prend la défense d'une version de la discipline du droit constructrice de règles et de principes qui se sent menacée par un domaine d'étude encore nouveau dans les années 30 et auquel ces admirateurs lui attachent des ambitions impérialistes sur la future science du droit. Si le conflit disciplinaire tend à s'atténuer aux États-Unis, la théorie du petit-déjeuner est néanmoins souvent réaffirmée en argument péremptoire pour attaquer l'inutilité de prendre au sérieux ces déterminismes, notamment pour les futurs praticiens. Anthony D'amato formule avec constance cette critique tournant à l'absurde un juriste présentant au juge l'argument de son repas pour faire pencher la décision en sa faveur[49].

II. La variable du petit-déjeuner : hypothèse utile aux continuateurs du réalisme juridique américain

Même si « nous sommes tous réalistes maintenant »[50], le mouvement s'est depuis longtemps éteint pour laisser place aux *socio-legal studies* concrétisant ce qui fut laissé à l'état d'appel scientifique dans les années 30. L'institutionnalisation croissante de ces champs de recherche entraîne un changement de ton radical vis-à-vis du petit-déjeuner qui perd sa formulation caricaturale dans les mains des statisticiens. La digestion devient affaire sérieuse constituant dès lors une variable testable pour le chercheur (A) et un biais discutable pour ses contradicteur (B).

---

46 I. Ausberg, « Some realism about new legal realism : What's new, What's legal, What's real ? », *Leiden journal of international law*, vol. 28, 2015, n° 3, p. 462.

47 P. Brunet, art. cité, p. 57.

48 B. Kennedy, « Another job for jurisprudence », *Mod. L. Rev.*, vol. 8, 1945, p. 21.

49 A. d'Amato, « Legal realism explains nothing », *Washington university jurisprudence review*, vol. 1, 2009, p. 19.

50 Discutant ce poncif, J. W. Singer, « Legal Realism Now », *Calif. L. Rev.*, Vol. 76, 1988, n° 2, p. 467 et s.

A. La crédibilité du petit-déjeuner comme variable décisionnelle

L'article de 2011 des trois chercheurs israéliens, en voulant « tester la caricature »[51], ne représente pas le commencement, mais bien le marqueur de la réussite d'un champ d'études des facteurs externes à la décision juridique. Celle-ci a rendu crédible l'analyse du petit-déjeuner (1) dont la formule se révèle utile en tant que série de variables codables (2).

1. L'ouverture des socio-legal studies aux biais cognitifs

L'hypothèse de la digestion s'appuie sur le développement depuis les années 70 de la psychologie cognitive et de l'économie comportementale[52]. En effet, les réalistes n'avaient dans leurs travaux que proposé une vision relativement schématique, doutant de l'exclusivité de la rationalité juridique – compris comme la logique juridique, pour y intégrer des éléments considérés comme sociaux, politiques ou personnels. Les mouvements suivants, dont les *Critical Legal Studies* forment le versant le plus radical, s'appuieront sur ces considérations pour distinguer des variations *inter-juges*[53], reposant notamment sur des critères raciaux, de genres, etc., afin d'attaquer plus avant l'objectivité judiciaire en dénonçant l'utilisation politique du droit par ses acteurs afin de se rapprocher de leurs affections idéologiques[54]. Cependant, ce n'est réellement qu'à partir du développement de l'idée de variation *intra-juges*, corrélativement avec la mise en lumière des heuristiques et des biais cognitifs, que le petit-déjeuner sera remis sur le devant de la scène en tant qu'hypothèse de recherche opportune.

L'ouverture se fonde sur les travaux des sociologues et économistes Daniel Kahneman et Amos Tversky qui proposeront des « modèles de la rationalité limitée de la pensée humaine »[55]. Selon ces derniers, la plupart des décisions reposent sur des croyances dans la probabilité d'événements complexes, qui ne peuvent être traités par l'individu qu'au travers d'une série de principes ou de règles automatiques – bien que limitées quant à leur validité : des heuristiques[56]. Déchargeant les opérations mentales afin d'éviter l'immobilisme, leur usage

---

51 S. Danziger, J. Levav *& al.*, art. cité, p. 6889.

52 Pérennisant une orientation vers le juge en tant qu'individu faillible, A. Philippe, « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté… Les biais affectant les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice*, 2015/4, p. 564.

53 C'est-à-dire du fait d'un élément d'une affaire sur la prise de décision d'un ensemble de juges d'une spécialité, V. J. B. Fischman, « Reuniting "is" and "ought" in empirical legal scholarship », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, 2013, p. 117 et s.

54 D. Livingston (Note), « 'round and 'round the Bramble bush : from legal realism to Critical legal scholarship », *Harv. L. Rev.*, vol. 95, 1982, p. 1977.

55 M. Adjaout-Ponsard, « Biais cognitifs et comportement judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/3, n° 3, p. 488.

56 A. Tversky, D. Kahneman, « Judgment under uncertainty : Heuristics and biases », *Science*, vol. 185, 1974, p. 1124.

conduit à des erreurs systématiques qu'ils conçoivent comme des biais cognitifs[57]. L'inconstance de ces derniers a amorcé un champ d'interrogations des variations dites « intra-juges » qui portent sur les divergences temporelles existant dans la jurisprudence d'un juge spécifique. À l'inverse de « l'inter-juges », il est postulé une uniformité spatiale dans la réponse aux stimuli entre les individus sur le territoire en intégrant ainsi une rationalité de l'irrationnel. Les juges réagiraient donc à l'identique comme tout être humain à des processus tels que la fatigue, la météo ou la déception sportive[58] favorisant des biais cognitifs.

À ce stade, la théorie du petit-déjeuner n'est donc qu'une étape dans le développement à la décision juridique des problématiques d'économie comportementale. D'un côté, sa transmutation en variable testable donne au scientifique une hypothèse crédible profitant de la légitimité d'un champ de recherche s'institutionnalisant et d'un attrait des *socio-legal studies* vers l'intimité des juges, tel que le développe les *Law&Emotions*[59]. D'un autre côté, la digestion fournit une publicité médiatique, pour des chercheurs qui profitent de l'enracinement de la caricature du petit-déjeuner dans l'imaginaire collectif, pour assurer à leurs travaux une visibilité sans précédent[60].

2. Une digestion aux multiples variables

En tant qu'hypothèse, le petit-déjeuner permet d'exprimer une variable agissant notamment sur la probabilité d'un résultat positif ou négatif lors d'un procès. Giovanni Tuzet constate que l'élément cache en réalité différentes variables quantitatives, telles que la durée du petit-déjeuner, le poids des aliments consommés ou l'heure à laquelle il est ingéré, et qualitatives, la finesse et la fraîcheur des ingrédients ou encore le type de produits qui le compose[61]. L'hypothèse serait ainsi plurielle, mais surtout quantifiable et codable pour des recherches statistiques. Face aux données judiciaires de l'*open data*, le petit-déjeuner est une donnée identifiable révélant indirectement certains biais décisionnels. À ce titre, il est indiqué qu'il n'est pas directement la cause d'une décision, mais l'influence

---

57 Ces derniers interviennent d'abord durant le processus de décision rapide et non-questionné appelé par les auteurs « Système 1 » et non dans celui ultérieur plus lent d'une réflexion approfondie mettant en doute les différentes alternatives du choix, qualifié de « Système 2 », D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

58 V. entre autres, D. L. Chen, H. Spamann, « This Morning's Breakfast, Last Night Game: Detecting extraneous influences on judging », *Working paper*, 2014, p. 5 ; également, K. Cho, C. M. Barnes & C. L. Guarana, « Sleepy punishers are harsh punishers: daylight saving time and legal sentences », *Psychological Science*, vol. 28, 2017. Ou en France, M. Deschamps, J. Mansuy & B. Jeandidier, « Les décisions des juges sont-elles influencées par la météo ? Application aux décisions en matière de divorce en France », *Working Paper*, 2022.

59 R. Grossi, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, vol. 7, 2015, p. 55.

60 Il est d'ailleurs notable que la doctrine en psychologie, économie ou médecine reprendront les travaux de l'article de 2011 par le prisme de la théorie de l'épuisement alors que les médias ainsi que la doctrine juridique ne l'évoqueront qu'exclusivement au travers de la théorie du petit-déjeuner.

61 G. Tuzet, art. cité, p. 12.

au travers des conséquences qu'il créé dans la psyché judiciaire. Il ne serait en soi qu'un « excitateur de biais » (*bias-arousers*)[62] en développant chez le juge des réactions, telles que la fatigue, l'inattention ou toute autre émotion. C'est en ce sens que l'étude menée par les chercheurs israéliens est reconnue comme insistant implicitement sur des biais bien connus, au premier titre desquels se trouve le « biais d'ancrage » ou le « biais de statu-quo »[63].

Ce rapport causal indirect révèle d'ailleurs que les études n'utilisent pas la thèse du petit-déjeuner pour elle-même, mais en tant que variable pratique permettant de révéler des tendances inobservables directement chez le juge. C'est ainsi que Matthew Liebman s'intéresse à la composition du petit-déjeuner en tant que point d'entrée pour afficher certaines préférences idéologiques du juge. Dans le cadre du contentieux animalier, l'auteur se demande ainsi « qui le juge a mangé au petit-déjeuner » insistant alors sur le fait que l'intérêt est moins ce que cause la nourriture sur la physiologie humaine que « le lieu où cette consommation situe [le juge] dans le champ idéologiquement contesté des relations homme-animal »[64]. Il serait un indicateur clair d'un certain positionnement politique influant, dans la lignée des *Critical Legal Studies*, sur des décisions éthiques[65].

C'est une mécanique similaire qui se retrouve chez l'article israélien de 2011 où les trois chercheurs rappellent qu'ils n'ont pas démontré l'influence du petit-déjeuner en lui-même sur la probabilité de décision positive. Le petit-déjeuner est utile pour une de ses unités, ici l'heure à laquelle sont prises les pauses repas, donnant accès à la vérification d'une théorie économique et psychologique déjà connue, celle du rôle de l'épuisement (*depletion*)[66] dans la continuation du *statu-quo* lors de choix séquentiels. Leur étude met en avant une corrélation négative lors d'un contentieux abondant et répétitif, tel que celui de la libération conditionnelle, entre l'éloignement de l'heure de la pause prise par les juges et des décisions de moins en moins favorables au demandeur[67]. Le petit-déjeuner n'est plus absurde, mais au contraire gagne en utilité en tant que variable mesurable – ici l'heure – pour atteindre certains phénomènes cognitifs autrement inaccessibles. Il peut être ajouté qu'elle offre une nouvelle fois une publicité en s'appuyant

---

62 *Ibid.*

63 Respectivement, M. Adjaout-Ponsard, art. cité, p. 499 et J. Goldszlagier, « l'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Les Cahiers de la justice*, 2015/4, p. 516.

64 M. Liebman, « Who the judge ate for breakfast : On the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness », *Animal L.*, vol. 18, 2011, p. 135.

65 L'idée est très similaire aux études sur les juges ayant une fille indiquant une sympathie pour le féminisme, V. A. N. Glynn & M. Sen, « Identifying judicial empathy : Does having daugters cause judges to rule for women's issues ? », *Am. J. Pol. Sci.*, vol. 59, 2015, p. 37.

66 V. sur ce point M. Muraven & R. F. Baumeister, « Self-regulation and depletion of limited resources : Does self-control resemble a muscle ? », *Psychological bulletin*, vol. 126, 2000, p. 247 et s.

67 S. Danziger, J. Levav *et al.*, art. cité, p. 6892.

sur un imaginaire collectif qui n'aurait sans doute pas été aussi fort si les trois chercheurs n'avaient mentionné que l'heure d'une quelconque pause.

B. Le questionnement du petit-déjeuner comme variable décisionnelle

L'emploi d'une telle variable au sein de travaux de recherches impose en réponse un changement de réception de ses résultats par une contestation méthodologique inhérente à la controverse scientifique (1) et auquel l'atour de la science donne un nouveau poids politique (2).

1. La contestation scientifique : l'autorité de la méthode

L'usage caricatural des premières heures, qui appelle à l'absurdité des discussions sur le petit-déjeuner, a laissé place à une controverse foisonnante quant à la trivialité du facteur, c'est-à-dire le degré de magnitude avec lequel il influence la prise de décision[68]. Les résultats sont dès lors pris au sérieux et c'est leur justesse, pour expliquer les mécaniques cognitives du juge, qui est maintenant évaluée. Ainsi, les retours seront méthodologiques, relevant par exemple que l'étude israélienne manque certaines modalités d'organisation du procès qui viennent remettre en cause leurs résultats. En effet, les horaires de passage des dossiers devant le juge ne sont en réalité pas aléatoires, mais organisés en fonction de la prison d'origine, de la présence ou non d'un avocat et de la stratégie de certains avocats traitants plusieurs affaires[69]. Il y aurait donc des hypothèses alternatives se révélant plus prometteuses afin d'expliquer la corrélation. C'est la même intuition qui est poursuivie par Andreas Glöckner opérant une reproduction statistique à partir d'un « juge rationnel » pour affirmer la surestimation de leur effet d'épuisement[70]. Il démontre qu'une modélisation statistique d'un juge fictif ne se fondant que sur la durée de traitement des affaires en fonction du temps disponible offre des résultats similaires concluant alors que les résultats d'origine étaient non significatifs et possiblement caractéristiques d'un artefact statistique.

La viabilité de ces deux réponses ne nous intéresse que peu, mais indique plutôt l'évolution du regard porté à cette hypothèse quand il s'agit de la contester. Sa prise en considération semble intrinsèquement liée à l'autorité scientifique[71] des résultats qu'elle produit. S'il était possible de critiquer comme frivole chez les réalistes américains la théorie au stade de la spéculation intellectuelle, la force

---

68 D. L. Chen, H. Spamann, art. cité, p. 5.

69 K. Weinshall-Margel, J. Shapard, « Overlooked factors in the analysis of parole decisions », *PNAS*, vol. 108, 2011, n° 42, p. E883.

70 A. Glöckner, « The irrational hungry judge effect revisited : Simulations reveal that the magnitude of effect is overestimated », *Judgment and Decision Making*, vol. 11, 2016, n° 6, p. 607 et s.

71 C'est-à-dire à la légitimité de l'énoncé reconnu comme répondant aux paradigmes scientifiques disposant déjà d'une autorité institutionnelle, V. G. Leclerc, « La crédibilité de l'énoncé scientifique contemporain : dernière figure de l'autorité ? », *Esprit*, vol. 313, 2005, p. 160 et s.

péremptoire de l'argument ne tient plus face à des résultats empiriques méthodiquement conçus selon les standards donnés dans la recherche quantitative. Le regard sur cette hypothèse renvoie ainsi à un parallélisme des formes où l'autorité méthodologique ne supporte que la force d'une autre autorité méthodologique. En conséquence, l'évolution de la critique porte moins sur le contenu de la théorie du petit-déjeuner que sur le changement de statut face aux standards scientifiques qui lui confèrent son autorité.

2. La réutilisation politique : l'autorité des résultats

Dans le même sens, l'autorité scientifique des résultats produits par l'hypothèse du petit-déjeuner redonne un souffle particulier aux craintes et aux espoirs qu'avait suscités la théorie originelle. Dans le premier sens, elle matérialise les craintes dans la faillibilité du juge qui ne peuvent plus être ignorées[72]. La puissance des recherches cognitives en droit réside dans cette révélation de biais cognitifs imperceptibles mais communément intégrés créant une partialité ressentie jusqu'alors absente chez les destinataires de la justice. Néanmoins, Jan Bublitz soulève plusieurs précautions en différenciant biais et erreur judiciaire qui ne sont pas obligatoirement dans une relation causale. Tout juge est inévitablement biaisé ce qui n'implique pas nécessairement de partialité, par la mobilisation de raisons « extra-légales » au raisonnement. S'il n'est pas possible pour ce dernier d'échapper aux biais – il est dans l'obligation physiologique de manger – il peut se prémunir de toute prédétermination lors de l'étude d'une affaire, condition minimale à l'impartialité[73]. Du reste, cette mise à mal de l'impartialité semble provenir plus directement d'un souci des conséquences politiques qu'accompagnent l'autorité scientifique des résultats notamment lorsqu'ils confirment des narrations populaires. Ainsi Jean-Paul Jean appelle à la prudence face à une « vérité séduisante »[74], où les études qui pour Konstantin chatziathanasiou offrent des « résultats sensationnels »[75] venant au soutient d'un pressentiment commun. L'hypothèse du petit-déjeuner, se parant du manteau de l'exactitude, inquiète dès lors sur les réutilisations possibles chez un auditoire, en particulier de juristes, manipulant des résultats individuels entretenus par un biais de confirmation et pour lesquelles ils ne sont pas outillés pour en questionner les failles méthodologiques et la portée des conclusions.

---

72 J. C. Bublitz, art. cité, p. 14

73 J. C. Bublitz, art. cité, p. 14 ; V. sur l'idée de prédetermination et son lien à l'impartialité, W. Lucy, « The possibility of impartiality », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, 2005, p 15.

74 J.-P. Jean, « Les juges sont-ils plus sévères quand ils ont faim ? », *Dalloz actualité*, 26 janvier 2021, [en ligne].

75 K. chatziathanasiou, « Beware the lure of narratives : "Hungry judges" should not motivate the use of "artificial intelligence" in law », *German Law Journal*, vol. 23, p. 461.

Ainsi dans le second sens, l'inquiétude dans l'autorité des résultats du petit-déjeuner est d'autant plus grande qu'elle est au cœur des espoirs politiques d'une frange en faveur du développement de mécanismes algorithmiques. Il était ainsi noté que « les références sont si présentes [dans les travaux sur l'IA] que l'on peut décrire sans risque les "juges affamés" comme faisant partie du "folklore de l'IA" »[76]. L'hypothèse digestive est donc prise d'autant plus au sérieux que de tels résultats viennent au crédit de l'argumentaire des partisans de mécanismes d'aide automatisée à la décision judiciaire reposant en partie sur l'exergue des biais du juge pouvant être évités par une justice automatisée ou prédictive[77]. De telles espérances s'accrochent au mythe du juge machine, dissimulant pourtant que l'algorithme ne supprime pas les biais, mais les substitue aux biais numériques. Il est ainsi paradoxal de constater que l'hypothèse du petit-déjeuner sert à des fins antagoniques à celles incarnées par les thèses antérieurement caricaturées sous la théorie du petit-déjeuner. La dénonciation du juge machine dans les années 30 pour décrire le processus décisionnel est utilisée pour appeler à sa résurrection dans les années 2000. La transformation de l'appréhension du petit-déjeuner par la doctrine poursuit parallèlement une transformation des craintes face aux conséquences de cette théorie. Si la crédibilité des affirmations que le juge est déterminé en partie par des éléments contextuels n'est plus remise en cause – bien que cela n'empêche pas de toujours rejeter la digestion comme déterminisme exclusif – les questionnements se sont déplacés sur une éthique scientifique alertant des dangers d'une réutilisation politique et médiatique des travaux sur la digestion.

---

[76] K. CHATZIATHANASIOU, *op. cit.*, p. 455.

[77] S'ils appellent à un soutien de l'humain par l'IA, l'option d'un IA juge autonome n'est jamais exclue et utilise l'argument d'une décision non-biaisée, V. entre autres T. SOURDIN, « Judge v. Robot ? Artificial intelligence and judicial decision-making », *UNSW Law Journal*, vol. 41, 2018, p. 1128.

LE RÈGNE AMBIVALENT DES FAITS EN DROIT PROBATOIRE

Gwendoline LARDEUX
Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Résumé: Justice et vérité semblent indéfectiblement liées: pour que le jugement soit facteur de paix civile, il doit être fondé sur une connaissance parfaite des faits de la cause par le juge. Néanmoins, exceptionnellement, le législateur admet que les décisions de justice puissent être fondées non sur la vérité objective mais sur la version des faits présentée par une partie à l'instance – via le serment ou l'aveu – ou par les deux – via leur contrat. Permettant de dépasser le doute persistant ou d'assurer le respect de la parole donnée, il s'agit de choix de politique juridique que le législateur est légitime à opérer. Tel n'est plus le cas lorsque ce sont les juges qui, au nom de l'équité ou d'une approche absolutiste du principe de loyauté probatoire, se permettent d'écarter la vérité au bénéfice d'une version erronée des faits.

Mots-clés: Vérité – preuve – faits – légitimité des jugements

***Abstract**: Justice and truth seem to be inseparably linked: for the judgment to be a factor of civil peace, it must be based on a perfect knowledge of the facts of the case by the judge. Nevertheless, exceptionally, the law admits that judicial decisions may be based not on the objective truth but on the version of the facts presented by a party to the proceedings – through confession or oath - or by both – through their contract. These hypotheses make the judgement, either possible when the factual truth is out-of-reach, or acceptable when the parties chose, by a mutual agreement, the facts to be retained. These are political legitimate choices of the law. This is no longer the case when, in name of fairness or of an absolute approach to the principle of evidentiary loyalty, the judges allow themselves to set aside truth in favour of a wrong version of the facts.*

***Keywords**: Truth – evidence – facts – legitimacy of judgments*

1. Dans le langage courant, la preuve est « ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait »[1]. La définition qu'en retient le droit n'est pas différente[2]. En ce domaine, l'association des deux termes « faits » et « preuve » est au demeurant plus évidente encore, les premiers étant l'objet de la seconde. Le terme de « fait » est alors à prendre dans le sens le plus large, par seule opposition au droit, selon le célèbre adage – *Da mihi factum, da tibi jus* – qui répartit la preuve entre les parties et le juge. Ce dernier « donne le droit » qu'il est censé connaître (*jura novit curia*) tandis que « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » (C. proc. civ., art. 9). Même si la distinction du fait et du droit n'est pas aussi nette que cette présentation peut le laisser penser – que l'on songe au régime probatoire du droit étranger ou à la nécessité de prouver les usages – il demeure que les faits sont ce qu'une partie doit prouver pour obtenir gain de cause.

2. Que la réalité de ceux-ci doive être au fondement de tout jugement est dès lors autant une nécessité qu'une évidence. En témoignent au demeurant l'évolution du droit probatoire civil depuis de nombreuses années, évolution à l'issue de laquelle l'impératif de vérité factuelle a acquis ses lettres de noblesse. Ainsi, lors de la réforme de la procédure civile au début des années 1970, on sait que la maîtrise des faits par le juge a été très sensiblement accrue afin que ce dernier puisse statuer en pleine connaissance de cause. Les principes directeurs du procès l'illustrent qui prévoient que, « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions » (C. proc. civ., art. 7 al. 2) et qu'il « peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige » (C. proc. civ., art. 8). Par ailleurs, il est fondé à diligenter toute mesure d'instruction qui lui semblerait nécessaire pour établir « les faits dont dépend la solution du litige » (C. proc. civ., art. 143). Plus récemment, a été reconnu par la jurisprudence, européenne[3] puis française[4], le droit à la preuve qui n'est autre qu'un droit à la vérité factuelle. Ainsi, certains obstacles tels que le respect de la vie privée[5] ou celui du secret bancaire[6] doivent-ils tomber devant ce qui est devenu un droit de l'Homme, celui d'établir

---

1 Littré, *Dictionnaire de la langue française*, *V°* Preuve et prouver.

2 La preuve est « la démonstration de l'existence d'un fait […] »: Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14e éd., 2022, PUF, coll. « Quadrige ».

3 Cour EDH, 10 oct. 2006, *LL c/ France*, n° 7508/02 ; *RTD civ.* 2007. 95, J. Hauser.

4 À compter de Cass. civ. 1re, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* I, n° 85 ; *D.* 2012. 1596, G. Lardeux ; *ibid.*, 2826, J.-D. Bretzner ; *D.* 2013. 269, N. Fricero ; *ibid.*, 457, E. Dreyer ; *RTD civ.* 2012. 506, J. Hauser.

5 Cass. civ. 1re, 5 avr. 2012, préc.

6 Depuis Cass. com. 29 nov. 2017, n° 16-22.060, publié au *Bulletin* ; *D.* 2018. 603, C. Kleiner ; *D.* 2018. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2018. 54, T. Bonneau ; *LPA* 2018, n° 32, p. 6, G. Lardeux ; *JCP* 2018. 1038, J. Lasserre Capdeville ; *D.* 2019, 157, J.-D. Bretzner. Dernièrement, Cass. com., 15 mai 2019, n° 18-10.491, publié au *Bulletin* ; *D.* 2019, 1595, H. Michelin-Brachet ; *ibid.*, 2009, H. Synvet ; *JCP* 2019, 642, T. Bonneau.

l'existence des faits allégués au soutien d'une prétention. Dans le même sens, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après l'Ordonnance), a formellement édicté le principe de la liberté de la preuve (C. civ., art. 1358), considéré comme le meilleur moyen de révéler la vérité, tous les modes de preuve étant alors admissibles, sous réserve de leur licéité. Les exemples pourraient être multipliés[7], illustrant le souci, devenu premier, en droit probatoire d'effacer tout décalage entre la réalité factuelle et la vérité judiciaire.

3. Cet impératif est d'autant plus puissant qu'il est fondé sur celui d'assurer la légitimité des jugements. L'objectif ultime du droit probatoire est en effet identique à celui du Droit en général, à savoir permettre la paix civile, ce qui passe par l'acceptation des décisions de justice par les parties à l'instance et le corps social. Et comment mieux atteindre ce but qu'en justifiant celles-ci par la vérité factuelle sur laquelle elles reposent ? Le scandale que provoque toute erreur judiciaire illustre au demeurant le lien très étroit qui unit Justice et vérité et ce lien est justement assuré par la preuve des faits allégués.

4. Le règne des faits en droit probatoire semble d'autant plus incontestable aujourd'hui que les preuves scientifiques dominent la matière en de nombreux domaines : ainsi du droit de la filiation, du droit pénal, de la responsabilité médicale ou encore du droit immobilier et, par conséquent, du droit des assurances, etc. Les preuves certaines qu'apportent les sciences et techniques permettent de renforcer le règne des faits puisque, étant « révélés » par la science, ils ne semblent plus pouvoir être dissimulés. Ces gages scientifiques entretiennent alors l'idée que la preuve absolue, la preuve irréfutable est possible, que la vérité sans fard peut être dévoilée, qu'il peut n'exister aucune distorsion entre la réalité des faits, leur preuve et la décision de justice qu'ils vont permettre de fonder.

5. D'où le mépris avec lequel il est convenu de considérer les ordalies, ces « preuves » irrationnelles consistant à déduire une vérité de faits non probants mais considérés, par la société, comme le jugement de Dieu[8]. Ce type de raisonnement est-il pour autant aujourd'hui entièrement banni de notre système juridique ? Le droit probatoire contemporain n'aurait-il pas ses propres ordalies ? Non qu'il s'agisse de renouer avec un quelconque jugement divin mais en ce sens que les faits qui viennent au soutien d'un jugement peuvent ne pas être les faits bruts mais ceux retenus en définitive par le système juridique et judiciaire, après leur passage à travers le tamis du droit probatoire et de leur analyse par le juge.

---

[7] Ainsi, du critère de l'aptitude à la preuve souvent retenu pour la répartition du risque de la preuve entre les parties (G. Lardeux, *Preuve – droit civil*, Dalloz, 2020, Règles de preuve, n° 186s.) ou de la prohibition de la commune renommée comme mode de preuve, la rumeur publique relevant du commérage et non de la démonstration (*ibid.*, Modes de preuve, n° 264).

[8] Ainsi du duel judiciaire. À ce propos, E. Jager, « L'affaire Carrouges, le dernier duel (année 1386) », in B. Hervouët (dir.), *L'évolution des modes de preuves*, Pulim, 2014, p. 57.

Le raisonnement ne devrait-il pas alors être renversé : les faits ne seraient pas tant révélés par les preuves que celles-ci ne révéleraient une vérité, celle admise par le corps social et distincte de la réalité pure et simple ? L'impression d'objectivité factuelle, renforcée par l'appui des sciences, pourrait bien, par conséquent, n'être qu'un leurre car, loin de s'en tenir aux faits observables, le droit probatoire ne permet d'en retenir que ce que le système juridique considère comme politiquement utile : à l'instar du raisonnement qui présidait aux ordalies, la vérité retenue est donc toujours celle acceptable par le corps social.

6. En d'autres termes, la question ici posée est de savoir de quels faits l'on parle, s'il s'agit vraiment des faits objectivement observables. Or, même les sciences dures répondent parfois par la négative car tout ce qui est observable, fût-ce un fait naturel, est analysé par l'observateur, qu'il soit scientifique[9] ou juge. Tout fait est immédiatement passé au crible de son interprétation et il y verra alors une signification allant au-delà des constatations premières. Concernant le juge tout particulièrement, le principe de la liberté de la preuve rappelé plus haut suppose que la force probante des modes de preuve qu'on lui présente soit laissée à son appréciation souveraine. Et si celle-ci n'est évidemment par synonyme d'arbitraire, elle explique la place centrale qui est donnée à l'intime conviction des juges dans l'analyse des preuves et, corollairement, le décalage qui peut exister entre la réalité factuelle et la vérité judiciaire, décalage dû précisément à l'écran de l'appréciation des preuves par le juge. Le système juridique prend alors en considération non pas les faits bruts mais ceux dont il aura ciselé les contours, comme on dit d'un diamant qu'il est taillé.

7. Si « les faits sont sources d'interprétation des normes », les normes sont en effet tout autant sources d'interprétation des faits. Et cette interprétation n'a pas l'objectivité qu'on pourrait d'emblée lui prêter, celle d'une observation neutre de la réalité car faits et droit entretiennent des relations trop étroites. L'interprétation d'un fait est ainsi toujours mâtinée de droit car c'est la règle qui détermine les effets juridiques qu'il convient d'en tirer. C'est donc elle qui les maîtrise plus que les faits ne s'imposent à elle.

8. Plus exceptionnellement mais plus significativement également, au-delà de cette inévitable interprétation des faits, leur maîtrise par le droit se fait domination dans deux hypothèses où le hiatus entre les faits bruts, objets du litige, et les faits retenus, soutiens du jugement, atteint son acmé. La réalité doit alors céder le pas à la seule vision que le système juridique a décidé d'en retenir.

---

[9] Il ne faudrait pas croire en effet que l'analyse de ce dernier soit dénuée de toute subjectivité ; elle ne peut qu'emprunter le biais de sa vision du monde.

C'est le cas tout d'abord et logiquement lorsque les faits demeurent hors de portée (I) : le droit doit alors trouver des palliatifs permettant de faire accepter malgré tout la décision rendue par les juges. Ceux-ci en effet doivent dire la vérité même lorsqu'ils ne la connaissent pas : il faut alors que le système juridique rende leur décision possible et, pour ce faire, met à la disposition de ses juges des outils leur permettant de retenir des faits acceptables à défaut d'être prouvés. Plus fondamentalement ensuite, la réalité juridique prend le pas sur les faits lorsque le droit les écarte alors même qu'ils sont connus (II) : leur maîtrise par le droit va alors jusqu'à la négation afin d'atteindre des objectifs de politique juridique jugés supérieurs à la vérité.

I. Les faits hors de portée

9. L'impossibilité d'établir les faits ne dispense pas le juge de statuer. Il ne saurait en effet pas plus arguer de l'insuffisance des preuves que de celle de la loi pour refuser de trancher le litige (C. civ., art. 4). Ce sont alors les règles relatives à la répartition de la charge de la preuve entre les parties qui lui permettent d'exercer son office, la loi prévoyant de débouter le demandeur à l'allégation en cette hypothèse (C. civ., art. 1353 ; C. proc. civ., art. 9). C'est alors le haut degré de preuve exigé par le législateur qui peut être à l'origine du décalage entre vérité factuelle et vérité judiciaire[10].

10. Cette solution de principe est exceptionnellement écartée lorsque l'ignorance persistante des faits ne conduit pas au rejet de la demande mais à la substitution à ceux-ci, comme fondements du jugement, d'un appel à la moralité des parties à l'instance (A) ou du sens de l'équité du juge (B).

A. La moralité des parties

11. Le système probatoire français a instauré une hiérarchie des modes de preuve, distinguant entre ceux qualifiés par la doctrine de parfaits et ceux considérés comme imparfaits. Si la force probante des seconds – indices, témoignages, aveux extrajudiciaires, etc. – est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, celle des premiers s'impose à eux. En d'autres termes, les juges devront trancher le litige conformément à ce qu'indique la preuve produite, quelle que soit leur intime conviction et sans qu'ils soient autorisés à rechercher, autrement que par une autre preuve parfaite, selon le principe du parallélisme des formes, si elle correspond à la réalité factuelle. Or, tous les modes de preuve parfaits ont en commun d'être subjectifs, en ce sens qu'ils ne font que reproduire le propos d'une ou des deux parties, sans s'appuyer sur de quelconques éléments objectifs. Il s'agit en effet de l'aveu judiciaire, du serment décisoire et de la preuve littérale. Dans chacune de ces hypothèses, la parole – orale ou écrite – est performative, c'est-à-dire qu'elle crée le

[10] G. Lardeux, préc., Règles de preuve, n° 116s.

fait qu'elle énonce[11] : les parties allèguent des faits dont l'existence potentiellement décorrélée du réel s'imposera au juge. Quel pouvoir accordé aux particuliers qui peuvent ainsi façonner la réalité et l'imposer à la Justice ! Ils sont alors maîtres du jeu car maîtres des faits. À l'instar de Dieu créant le monde[12], la parole des sujets de droit se fait démiurgique, faisant advenir les faits, si ce n'est dans la vie réelle, en tout cas en justice, ayant ainsi le pouvoir de les ériger au rang de vérité judiciaire incontestable une fois revêtue de l'autorité de la chose jugée.

12. C'est notamment le cas pour l'aveu judiciaire (C. civ., art. 1383-2) et le serment décisoire (C. civ., art. 1385s.) auxquels il est possible d'avoir subsidiairement recours lorsque la vérité demeure inaccessible[13]. Lorsque le litige est tranché par ces moyens, c'est en effet que, par hypothèse, aucune preuve factuelle et objective n'a pu être présentée au juge qui lui aurait permis de décider en faveur de l'une ou de l'autre partie à l'instance. C'est alors la seule parole de celle à qui le serment est déféré ou de celle qui avoue qui déterminera la solution à retenir[14]. Ce ne sont donc pas des faits avérés qui viendront au soutien de la décision de justice mais la seule version – non vérifiable – présentée par l'une des parties. Le décalage possible entre fait réel et fait judiciaire est rendu inéluctable par l'impossibilité d'établir le premier. En définitive, la vérité judiciaire règne seule en cette occurrence.

13. Il est intéressant alors de souligner que c'est l'hypothèse par excellence dans laquelle on avait, autrefois, recours aux ordalies qui revêtaient également un caractère subsidiaire, ne devant permettre de révéler la vérité que lorsque celle-ci restait en balance après la discussion des preuves objectives, s'il en existait. De même, le serment décisoire et l'aveu judiciaire font appel à la conscience de celui qui s'exprime et qui connaît la portée de ses propos : ils seront la vérité venant au soutien d'une décision de justice. Et si la crainte de Dieu est certainement moins répandue aujourd'hui qu'hier, ces « preuves », reprises telles quelles par l'Ordonnance, sont la marque d'une certaine confiance qui est encore faite en l'honnêteté et la moralité de nos concitoyens. Confiance qui n'est cependant pas naïveté, le serment décisoire étant entouré de garde-fous puisque la décision correspondra à une affirmation favorable à la partie qui l'énonce[15] tandis que la Cour de cassation a admis de longue date et *contra legem* (C. civ., art. 1383-2 al. 3) que l'aveu judiciaire complexe qui se révèle en définitive favorable à la partie qui « avoue » – tel celui

---

11 Sur le caractère performatif du langage juridique, Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd., 2005, p. 38. Ce qu'illustre parfaitement l'expression « Vous avez ma parole » car la parole, à elle seule, engage celui qui la prononce : A. Sériaux, G. Lardeux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 5e éd., 2023, n° 15.

12 Gn I, 1-31.

13 Sur la preuve littérale, cf. *infra*, n° 21s.

14 L'article 1383-2 du Code civil précise que l'aveu judiciaire « fait foi contre celui qui l'a fait » tandis que l'article 1385-3 al. 2 dispose que « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté. »

15 G. Lardeux, préc., Modes de preuve, n° 238s.

d'un débiteur reconnaissant sa dette en même temps qu'il affirme l'avoir payée – peut être divisé par la preuve contraire apportée par tous moyens[16]. Les juges ont sans doute moins confiance que le législateur lui-même en l'effet prophylactique de la crainte du parjure.

14. Ces hypothèses, dans lesquelles le jugement n'est pas fondé sur des faits objectifs avérés mais sur une réalité partisane invérifiable, sont néanmoins prévues par la loi elle-même. À ces exceptions légales, la Cour de cassation en a ajouté de strictement prétoriennes, fondées sur le sentiment d'équité du juge, ce qui est nettement plus contestable.

B. L'équité du juge

15. Le principe étant celui de la liberté de la preuve (C. civ., art. 1358), nombre de faits peuvent être établis par les présomptions judiciaires de l'article 1382 du Code civil, fondées sur des indices graves, précis et concordants. La décision du juge s'appuie alors sur la probabilité du fait ainsi déduit, appréciée *in concreto*. Statuant au plus près des faits d'espèce, son jugement a de fortes chances d'être fondé sur la réalité factuelle pure et simple ce que nombre d'exemples permettent d'illustrer, que la décision judiciaire repose sur l'analyse des circonstances d'espèce[17] ou sur des expertises scientifiques[18].

16. Il n'en reste pas moins qu'en matière de présomptions judiciaires, le pouvoir d'interprétation du juge est immense : retenant certains indices, en écartant d'autres jugés moins probants, par une appréciation souveraine[19], le juge opère un tri qui le conduit à retenir sa version des faits dont seul le sérieux de sa motivation permettra de penser qu'elle est proche de la réalité. Le constat est également valable dans le domaine des sciences où les certitudes sont loin d'être systématiques. Ainsi en est-il, en matière médicale, de l'existence du lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur allégué, soit que des rapports

---

16 G. Lardeux, préc., Modes de preuve, n° 232s.

17 Permettant par exemple d'établir le caractère professionnel d'un accident : Cass. soc., 9 déc. 1985, n° 84-12734, *Bull. civ.* V, n° 587. 2 juin 1981, n° 80-12655, *Bull. civ.* V, n° 488. 18 juill. 1978, n° 77-12264, *Bull. civ.* V, n° 601. 28 oct. 1975, n° 74-14413, *Bull. civ.* V, n° 494. 29 oct. 1973, n° 72-14669, *Bull. civ.* V, n° 529. Ou l'exécution d'une obligation d'information : Cass. civ. 2e, 30 mai 2013, n° 12-19075, *Bull. civ.* II, n° 103. Ou la commission d'actes de concurrence déloyale : Cass. civ. 1re, 23 janv. 2001, n° 98-19432, *Bull. civ.* I, n° 6.

18 Ainsi le point d'impact entre deux véhicules peut-il être déduit de l'emplacement des bris de verre : Cass. civ. 2e, 28 oct. 1970, n° 69-12142, *Bull. civ.* II, n° 290 ; le montant de communications téléphoniques établi grâce à des enquêtes techniques : Cass. civ. 1re, 28 mars 1995, n° 92-16270, inédit ; *JCP* 1995, II, A. Bénabent ; *D.* 1995, 517, J. Huet ; *RTD civ.* 1996, 173, J. Mestre.

19 Cass. civ. 3e, 18 avr. 1972, n° 71-10237, *Bull. civ.* III, n° 242 : « L'on ne peut faire grief aux mêmes juges, qui apprécient souverainement la valeur probante des faits allégués comme présomptions, d'avoir dénaturé les éléments du débat, alors qu'ils […] peuvent écarter certains faits invoqués devant eux comme non susceptibles de mettre à néant les présomptions qu'ils ont retenues ».

d'expertise contradictoires ont été présentés[20], soit que les circonstances de la contamination sont discutées[21]. Le pouvoir d'interprétation des juges peut alors être très important, devant trancher entre différentes analyses possibles, son choix étant susceptible d'être infléchi par des considérations autres que probatoires, notamment l'équité.

17. Ainsi en est-il dans le contentieux relatif à la preuve du lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques. On sait que depuis un revirement de jurisprudence opéré en 2008[22], les juges du fond sont autorisés à établir ce lien sur le fondement des indices de l'article 1382 du Code civil[23]. Cela n'aurait rien d'étonnant si l'étiologie de la sclérose en plaques n'était pas encore inconnue à ce jour et, par conséquent, si les indices que les juges sont susceptibles de retenir dénués de toute force probante. Leur pertinence scientifique n'étant pas démontrée – ainsi du délai qui s'est écoulé entre la vaccination et la survenance de la maladie, de l'absence d'antécédents familiaux, etc. – leur addition est inapte à établir quoique ce soit[24]. Certes, le but recherché par cette jurisprudence est vraisemblablement de laisser la porte ouverte à l'indemnisation des victimes, brutalement et systématiquement déboutées sous l'empire de la solution antérieure[25] car, si avec le système actuel, elles n'obtiennent pas gain de cause à tout coup, loin s'en faut, tout espoir ne leur est pas retiré. Et on peut comprendre que la Cour de cassation ne se soit pas résolue à la passivité du droit face aux incertitudes de la science dont les juges auraient alors dû attendre patiemment d'hypothétiques avancées – et à quel horizon ? –, notamment lorsqu'il s'agit de statuer sur des cas de responsabilité aux conséquences aussi graves.

Il n'en demeure pas moins que les juges sont alors autorisés à retenir la responsabilité d'un médecin ou d'un hôpital dont rien ne permet de savoir s'ils sont réellement à l'origine du dommage. Or, on le répète, lorsque le juge ne peut connaître la vérité, le droit lui commande de débouter le demandeur à l'allégation.

---

20 Cass. civ. 1re, 9 févr. 2012, n° 11-10016, inédit.

21 Cass. civ. 2e, 2 juin 2005, n° 03-20011, *Bull. civ.* II, n° 146.

22 Cass. civ. 1re, 22 mai 2008, cinq arrêts, n° 06-14.952, *Bull. civ.* I, n° 147 ; n° 05-20.317, *Bull. civ.* I, n° 148 ; et n° 06-10.967, *Bull. civ.* I, n° 149 ; *D.* 2008. 1544, I. Gallmeister ; *D.* 2008. 2894, P. Brun et P. Jourdain ; *RDSS* 2008. 578, J. Peigné ; *RTD civ.* 2008. 492, P. Jourdain ; *RTD com.* 2009. 200, B. Bouloc ; *JCP* 2008, II, 10131, L. Grynbaum. La jurisprudence est constante depuis.

23 Qui était l'article 1353 avant l'entrée en vigueur de l'Ordonnance.

24 Cette jurisprudence nous ramène donc peu ou prou au système probatoire dénoncé par les philosophes des Lumières, fondé sur des demi-preuves et autres quarts-de-preuve et qui permettait, par addition d'indices non probants, de retenir la culpabilité d'un suspect.

25 Avant le revirement précité, le lien de causalité n'étant pas établi par les malades car ne pouvant pas l'être, la Cour de cassation exigeait que leur demande d'indemnisation fût systématiquement rejetée : à compter de Cass. civ. 1re, 23 sept. 2003, deux arrêts, n° 01-13.063, *Bull. civ.* I, n° 188 ; *D.* 2004. 898, et les obs., Y.-M. Serinet et R. Mislawski ; *D.* 2003. 2579, chron. L. Neyret ; *D.* 2004. Somm. 1344, D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 101, P. Jourdain ; *JCP* 2003, II, 10179, collectif ; *JCP* 2004, I, 101, n° 23, G. Viney.

À l'inverse, selon la jurisprudence ici évoquée, il est autorisé à affirmer qu'un fait, dont on ne saura jamais s'il a eu lieu, s'est produit. Or cela peut être exact comme faux. Et si le risque d'erreur est de même nature en cas de décision inverse, ne peut-on pas considérer qu'il est pris abusivement lorsqu'il aboutit à condamner une personne sans preuve ?

18. Ce constat de l'indifférence des faits est encore plus évident dans le cadre de la jurisprudence sur le distilbène. La molécule du DES à l'origine de graves pathologies[26] était commercialisée par deux laboratoires. La Cour de cassation a alors décidé qu'une fois que la victime avait réussi à établir le lien de causalité entre cette molécule et son préjudice, c'était aux laboratoires qu'il revenait de prouver que leur médicament n'avait pas été prescrit à la mère de celle-ci, sauf à être condamnés *in solidum* à indemnisation[27]. *Probatio diabolica* évidemment qui a abouti à la condamnation d'un laboratoire – nul ne pouvant savoir lequel - qui n'était pas responsable du dommage. Ce renversement de la charge de la preuve a en effet conduit à retenir la responsabilité des deux défendeurs alors que l'on savait qu'un seul était à l'origine du préjudice. Une telle décision est justifiée par de fortes considérations d'équité, les victimes ayant franchi tous les autres obstacles probatoires tandis que les laboratoires concernés avaient, durant des années, engrangé de substantiels bénéfices en commercialisant un médicament dont ils connaissaient la très forte dangerosité, comportement lourdement fautif.

Cette solution a par la suite été étendue à l'hypothèse d'une infection nosocomiale ayant entraîné la mort d'un patient qui avait été pris en charge par six cliniques différentes. Deux d'entre elles ayant été attraites en responsabilité, elles furent condamnées toutes les deux alors que, par hypothèse, l'infection n'avait pu être contractée que dans un seul établissement mais il était impossible d'établir lequel[28]. Une fois encore, afin de ne pas faire obstacle à la réparation du préjudice – le patient était décédé des suites de cette infection – la Cour de cassation a avalisé une condamnation solidaire faisant fi des faits.

19. La volonté du système probatoire de retenir la version des faits qui lui paraît la plus opportune à défaut d'être la plus exacte le conduit parfois, de manière plus radicale encore, à écarter des faits connus.

---

[26] Principalement mais non exclusivement, de graves malformations génitales chez les filles dont la mère avait pris du distilbène pendant la grossesse, ainsi qu'un risque augmenté de cancer du vagin et de troubles de la fertilité.

[27] Cass. civ. 1re, 24 sept. 2009, n° 08-16.305, *Bull. civ.* I, n° 187 ; *D.* 2009. 2342, I. Gallmeister ; *D.* 2010. 49, P. Brun et O. Gout ; *D.* 2010. 395, G. Viney ; *D.* 2010. 1162, chron. C. Quézel-Ambrunaz ; *D.* 2010. 2671, P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; *RDSS* 2009. 1161, obs. J. Peigné ; *RTD civ.* 2010. 111, P. Jourdain ; *RDC* 2010. 90, J.-B. Seube ; *RTD com.* 2010. 415, B. Bouloc ; *JCP* 2009. 381, S. Hocquet-Berg ; *JCP* 2010. 456, n° 5, P. Stoffel-Munck.

[28] Cass. civ. 1re, 17 juin 2010, n° 09-67.011, *Bull. civ.* I, n° 137 ; *D.* 2011. 283, I. Gallmeister, C. Bonnin ; *D.* 2010. 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; *D.* 2011. 35, P. Brun et O. Gout ; *RTD civ.* 2010. 567, P. Jourdain ; *RDC* 2010. 1247, G. Viney.

II. Les faits écartés

20. Parce que la vérité n'est pas le seul objectif politique assigné au droit probatoire, d'autres lui sont parfois préférés qui aboutissent à écarter des faits pourtant connus. C'est le cas lorsque le législateur fait primer la sécurité juridique des parties (A) ou lorsque le juge fait prévaloir l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve (B).

A. Le législateur et la sécurité juridique

21. Logiquement, c'est par les règles d'admissibilité que le législateur va contraindre le juge à écarter des preuves qui auraient pu établir la vérité des faits. Partant, même si ceux-ci sont connus, dans la mesure où ils n'ont pas été prouvés par les seuls moyens admis par la loi, ils ne peuvent pas venir au soutien du jugement. Leur sera alors préférée la vérité des contractants.

22. Si l'article 1358 du Code civil pose le principe de la liberté de preuve, l'article 1359 prévoit ainsi une exception classique en matière de preuve des actes juridiques civils dont le montant excède 1 500 euros : ceux-ci doivent être prouvés par écrit, c'est-à-dire par un instrumentum signé par la partie à qui on l'oppose (al. 1er). En d'autres termes, en l'absence de preuve littérale, tout autre mode de preuve – tels que des indices ou des témoignages – seront écartés alors même qu'ils pourraient établir tant l'existence du contrat que son contenu[29].

Un arrêt en témoigne qui portait sur la preuve de l'existence d'un contrat de fourniture d'aliments pour le bétail[30]. En l'absence d'instrumentum signé, les juges du fond s'étaient fondés, pour considérer la preuve du contrat comme rapportée, sur un ensemble d'indices graves, précis et concordants, faisant implicitement application de l'article 1353 ancien du Code civil : ainsi, avaient-ils retenu que

> « si certains bons de livraison correspondant à la troisième période de fourniture d'aliments indiquée par l'expert Y… n'étaient pas signés par l'éleveur, ils correspondaient à la quantité livrée auparavant, Mme Z… se fournissant uniquement aux établissements Brissieux et les porcs devant bien être nourris pendant cette période, ce qui implique la réalité des livraisons ».

L'arrêt est alors cassé, la pertinence de ces éléments réunis étant jugée indifférente au regard de l'exigence d'un écrit formulé à l'article 1341 ancien du Code civil.

---

[29] Lorsqu'ils sont insuffisants à le faire, leur mise à l'écart ne soulève aucun problème : ainsi de la remise des fonds qui n'est pas suffisante à apporter la preuve de l'obligation de les restituer, c'est-à-dire la preuve du contrat de prêt : ainsi, Cass. civ. 1re, 11 sept. 2013, n° 12-21027, inédit ; ou encore, celle du relevé informatique émanant de la société France Telecom insusceptible d'apporter la preuve du contrat d'abonnement : Cass. civ. 1re, 12 juill. 2005, n° 04-15314, *Bull. civ.* I, n° 328 ; *RDC* 2006, 319, Y.-M. Laithier.

[30] Cass. civ. 1re, 25 janv. 1989, n° 85-18338, *Bull. civ.* I, n° 41 ; *RTD civ.* 1990, 79, J. Mestre.

En écartant *a priori* certains modes de preuve, le législateur prive donc délibérément le juge de la possibilité de statuer en connaissance de cause, privilégiant la sécurité juridique sur la vérité factuelle. Au regard des faits de l'espèce rapportée, on comprend pourtant pourquoi les juges du fond ne s'étaient pas résolus à faire échapper l'acheteuse à sa dette dont l'existence était établie avec une très grande vraisemblance.

23. Le constat est le même pour la seconde règle de l'article 1359 du Code civil selon laquelle il est impossible de prouver outre ou contre un écrit autrement que par une autre preuve littérale, conformément au principe du parallélisme des formes qui explique qu'aucun seuil financier ne soit ici exigé (C. civ., art. 1359 al. 2). Partant, alors même que la vérité pourrait être établie, elle peut être délibérément occultée par le paravent que constitue l'écrit. Lorsque, en effet, est affirmée dans l'instrumentum l'existence d'un fait juridique, par hypothèse, cet autre écrit n'existe pas. Ainsi, lorsque la cause d'une obligation y est précisée[31], lorsqu'il y est affirmé qu'une obligation a été exécutée[32] ou que le contrat a été négocié, il devient impossible d'apporter la preuve contraire. Ce faisant, les parties posent des présomptions irréfragables de vérité, la loi interdisant au juge de les écarter, sauf écrit contraire qui ne peut être produit[33]. L'affirmation contractuelle, fût-elle mensonge, ne pourra pas être contredite.

24. Un arrêt témoigne de manière particulièrement significative de la force probante attachée aux assertions d'un écrit. Dans cette affaire, une banque avait délivré une quittance libératoire à des emprunteurs, à la suite d'une erreur de son système informatique. Se fondant sur celle-ci, les clients refusaient de régler le solde de leur prêt. Les juges du fond avaient alors autorisé l'établissement de crédit à établir par tous moyens que tel n'était pas le cas, motif pris notamment qu'au moment de l'envoi de la quittance, les comptes des emprunteurs étaient débiteurs et que ceux-ci faisaient l'objet d'une procédure de surendettement. La cassation est prononcée au visa de l'article 1341 ancien du Code civil : acte juridique, la quittance ne pouvait être contredite que par un autre écrit[34]. Partant, le fait du non-paiement de leur dette par les emprunteurs était connu des juges – il

---

31 Cass. civ. 1re, 23 févr. 2012, n° 11-11230, *Bull. civ.* I, n° 36 ; *D.* 2012, 640, Cl. Creton ; *ibid.*, 993, A. Donnette ; *RDC* 2012, p. 824, J. Klein ; *RTD civ.* 2012, 315, B. Fages ; *JCP* 2012, 561, spéc. n° 8, J. Ghestin : « […] dans les rapports entre les parties, la preuve de la fausseté de la cause exprimée à l'acte doit être administrée par écrit, dans les conditions prévues par l'article 1341 du code civil ».

32 Cass. civ. 1re, 4 nov. 2011, n° 10-27035, *Bull. civ.* I, n° 194 ; *D.* 2012, 63, note crit. J. François ; *ibid.*, pan., 2826, I. Darret-Courgeon *; RTD civ.* 2012, p. 118, B. Fages.

33 L'article 1103 du Code civil s'oppose également à ce que le juge écarte la volonté des parties d'affirmer vrai tel ou tel fait.

34 Cass. civ. 1re, 4 nov. 2011, préc. Déjà en ce sens, Cass. civ. 3e, 16 nov. 1977, n° 76-11712, *Bull. civ.* III, n° 393. Dernièrement, la Cour de cassation a eu à rappeler qu'une quittance ne pouvait être écartée sur le fondement d'un aveu extrajudiciaire verbal : Cass. civ. 1re, 9 mai 2019, n° 18-10885, publié au *Bulletin* ; *RTD civ.* 2019, 593, H. Barbier.

avait été prouvé par faisceau d'indices – mais devait néanmoins être écarté au bénéfice de la version privilégiée par la loi, à savoir celle énoncée dans la quittance.

25. C'est donc le mensonge ou l'erreur énoncés dans un acte juridique qui sont hissés au rang de vérité judiciaire, aux dépens de la réalité contraire qui est pourtant connue. À l'instar de ce qui a déjà été souligné à propos des deux autres preuves parfaites, à savoir l'aveu judiciaire et le serment décisoire, c'est alors la parole qui crée le fait ; mais à l'inverse de ceux-ci, un tel pouvoir démiurgique est accordé à l'écrit alors même que la vérité est connue[35]. Les justifications en sont évidemment fortes, au premier rang desquelles se situe la légitimité d'une décision de justice fondée sur la signature de la personne à qui on l'oppose[36]. On ne peut nier en effet que, même si l'écrit est erroné ou mensonger, il a été signé par celui qui cherche, par la suite, à le contester. Qu'il n'y soit pas autorisé au nom du respect de la parole donnée n'est alors pas illégitime, même si la solution qui en est déduite peut paraître inique[37]. Comment, en effet, la partie qui perd le procès en application d'une stipulation qu'elle a dûment avalisée pourrait-elle contester le jugement sans se déjuger elle-même ? N'exige-t-on pas alors simplement de celui qui s'est engagé de ne pas se dédire ? Faire prévaloir la vérité objective des faits sur la version que les parties ont souhaité présenter au juge ne ferait que remplacer un mensonge par une malhonnêteté. Si un contractant a commis une erreur ou s'il a menti, le système juridique considère qu'il doit l'assumer. Ce n'est pas injuste.

De même, il faut souligner que ces présomptions irréfragables de vérité, toutes mensongères qu'elles peuvent être parfois, sont particulièrement utiles : ainsi des clauses fixant une date limite pour émettre des réserves sur le produit livré, au-delà de laquelle celui-ci sera considéré irréfragablement comme réceptionné. Le vendeur ou l'entrepreneur doit en effet se prémunir contre l'absence prolongée de réception de la part d'un client négligent ou malhonnête, d'autant qu'elle déclenche souvent l'exigibilité du solde du prix.

Pourtant, dans toutes les affaires citées, il s'agit d'arrêts de cassation ce qui indique que les juges du fond ne se résolvent pas facilement à sacrifier la vérité factuelle au nom de l'exigence légale d'un écrit, malgré ses solides justifications.

26. Le législateur n'est pas resté insensible à cette considération puisque, récemment, c'est l'exigence de produire un écrit pour contrer un autre écrit qu'il a battue en brèche.

---

35 On rappelle que le recours à l'aveu ou au serment est subsidiaire, fondé sur l'impossibilité d'établir la réalité factuelle : cf. *supra*, n° 12.

36 Sur l'ensemble des justifications possibles, G. Lardeux, préc., Modes de preuve, n° 79s.

37 Avec la réserve évidente des clauses insérées dans les contrats d'adhésion, par définition non négociables. L'article 1171 nouveau du Code civil, qui condamne les déséquilibres significatifs dans ce type de convention, permet alors de combattre les mensonges contractuels léonins.

L'article 1356 al. 2 du Code civil, issu de l'Ordonnance, interdit en effet aux parties de poser des présomptions irréfragables. Même si la portée générale de la condamnation de ces clauses est vraisemblablement le fruit d'une erreur[38], il n'en demeure pas moins que ce texte permet désormais aux juges d'écarter le fait énoncé dans l'écrit au bénéfice du fait conforme à la réalité. La Cour de cassation, faisant une application anticipée de cette nouvelle interdiction, en a précisé la sanction : la présomption irréfragable devient une présomption simple que les parties sont autorisées à renverser par tous moyens[39]. La concordance entre le fait contractuel et le fait réel pourra donc désormais être vérifiée.

B. Le juge et la loyauté probatoire

27. Le principe retenu par le Code civil étant celui de la liberté de la preuve (C. civ., art. 1358), seule la loi peut y déroger en durcissant les règles d'admissibilité des modes de preuve. Pourtant, la Cour de cassation a créé, *ex nihilo*, un principe général de loyauté probatoire qui lui permet, au nom de l'exigence de licéité des preuves, d'écarter des faits connus parce qu'ils ont été établis de manière déloyale.

28. Certaines affaires sont emblématiques à cet égard, ainsi celle par laquelle la Cour de cassation a généralisé l'obligation de loyauté probatoire en droit civil[40]. Une femme avait reçu la somme de 150 000 F d'un de ses voisins et ami qui décéda peu après. Les filles de ce dernier réclamèrent alors le remboursement de ce qu'elles considéraient comme un prêt. À cela, leur fut rétorqué que la somme avait été donnée. Les héritières devaient donc prouver l'existence de l'obligation de remboursement dont elles réclamaient l'exécution. Les juges du fond les autorisèrent à apporter cette preuve par tous moyens eu égard aux relations quasi-filiales qui unissaient les deux voisins[41]. Au titre des modes de preuve, les demanderesses versèrent alors l'enregistrement d'une conversation téléphonique, effectué par le *de cujus*, à l'insu de son interlocutrice, et dans laquelle celle-ci reconnaissait qu'il s'agissait d'un prêt. La cour d'appel déclara cette preuve recevable, au double motif « que le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications était opposable aux tiers mais pas [au prêteur] qui avait pu valablement enregistrer

---

[38] L'article 1357 al. 2 du projet d'ordonnance était en effet ainsi rédigé : « Néanmoins, ils [les contrats] ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures » (nous soulignons). Cette précision, essentielle pour la portée de la prohibition, a disparu de la version finale du texte sans qu'aucune raison n'en ait jamais été donnée.

[39] Cass. com. 6 déc. 2017, n° 16-19.615, publié au *Bulletin* ; *D.* 2018. 327, G. Lardeux ; *AJ Contrat* 2018. 37, T. Douville ; *RTD civ.* 2018. 123, H. Barbier.

[40] Adoptée initialement en droit du travail – depuis Cass. soc. 20 nov. 1991, n° 88-43.120, *Bull. civ.* V, n° 519 ; *D.* 1992. 73, concl. av. gén. Y. Chauvy ; *Dr. soc.* 1992. 28, rapp. P. Waquet ; *RTD civ.* 1992. 365, J. Hauser ; *RTD civ.* 1992. 418, P.-Y. Gautier - elle y est restée cantonnée pendant 25 ans.

[41] Il s'agit en effet d'un cas d'impossibilité morale d'établir un écrit (C. civ., art. 1360).

une conversation qu'il avait eue personnellement avec une autre personne, ni à ses héritiers qui sont l'émanation de sa personne » et qu'aucune atteinte à la vie privée de l'emprunteuse ne pouvait être constatée « dès lors qu'aucun fait relevant de la sphère de son intimité n'était révélé, la discussion rapportée portant exclusivement sur le remboursement du prêt ». Malgré tout, la cassation est prononcée au visa des articles 9 du code de procédure civile et 6 de la Convention EDH, car « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue »[42]. Les juges qui connaissaient l'existence du prêt sont donc priés de ne pas en tenir compte au motif qu'elle a été révélée de manière illicite.

29. Si une telle jurisprudence peut sembler banale – il s'agit d'un cas, parmi beaucoup d'autres d'irrecevabilité d'un mode de preuve pour illicéité - le problème particulier qu'elle soulève est le caractère absolu que la Cour de cassation a imprimé à ce principe de loyauté probatoire, créé de toute pièce. Autant, en effet, le secret de la vie privée[43] ou le secret bancaire[44] par exemple peuvent tomber sous les assauts du droit à la preuve, autant jusqu'à ce jour, aucune circonstance n'a été jugée suffisamment déterminante pour admettre une preuve déloyale.

Même lorsqu'il est impossible d'établir les faits allégués autrement que de manière clandestine, comme cela peut être le cas lorsqu'il s'agit d'établir des infractions au droit de la concurrence, la Haute juridiction refuse aux juges du fond le droit de statuer en connaissance de cause. Ainsi, dans la célèbre affaire Sony-Philipps, une entente avérée sur les prix n'a pu être sanctionnée malgré l'immense difficulté qu'il y a à prouver ce genre d'infractions particulièrement graves au droit des pratiques anticoncurrentielles[45]. Et alors que l'on pouvait recommander à la Cour de cassation de concilier loyauté probatoire et droit à la preuve en mettant en balance ces deux impératifs lors d'un contrôle *in concreto* de proportionnalité[46], deux arrêts récents de la Haute juridiction laissent penser que la Chambre commerciale n'y est pas particulièrement favorable[47]. Ainsi, dans

---

42 Cass. civ. 2e, 7 oct. 2004, n° 03-12.653, *Bull. civ.* II, n° 447 ; *D.* 2005. 122, P. Bonfils ; *D.* 2005. 2643, A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; *AJ pénal* 2005. 30, C. S. Enderlin ; *RTD civ.* 2005. 135, J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005. 472, A. Debet ; *JCP* 2005, II, 10025, Léger ; CCE 2005, comm. 11, P. Stoffel-Munck.

43 Depuis Cass. civ. 1re, 5 avr. 2012, préc.

44 Depuis Cass. com. 29 nov. 2017, préc.

45 Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et n° 09-14.667, *Bull. Ass. plén.*, n° 1 ; *D.* 2011. 562, E. Chevrier, note F. Fourment ; *D.* 2011. 618, chron. V. Vigneau ; *D.* 2011. 2891, P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; *RTD civ.* 2011. 127, B. Fages ; *RTD civ.* 2011. 383, P. Théry ; *RTD eur.* 2012. 526, F. Zampini ; *JCP* 2011. 90, M. Malaurie-Vignal ; *JCP* 2011. 208, Ruy ; *JCP* 2011. 666, n° 13, Y.-M. Serinet.

46 G. Lardeux, préc., Règles de preuve, n° 407s.

47 Cass. com., 10 nov. 2021, n° 20-14.669 et n° 20-14.670, publiés au *Bulletin* ; *JCP* 2021, 1221 ; *D.* 2021, 2262, C. Bellino ; *D.* 2022, 497, C. Golhen ; *RTD civ.* 2022, 135, H. Barbier : au sujet du recours à de faux clients afin de prouver des actes de concurrence déloyale.

l'un d'eux, le pourvoi reprochait à l'arrêt d'appel de ne pas avoir tenu compte de ce qu'« un mode de preuve est légalement admissible dès lors qu'il constitue le seul moyen pour celui qui l'a employé de rapporter la preuve d'un fait et que l'atteinte qu'il porte aux droits des tiers est proportionné au regard des intérêts en présence », termes qui désignaient clairement le droit à la preuve. La Cour de cassation répond sèchement que la Cour d'appel « n'était pas tenue […] d'effectuer la recherche invoquée […], qui ne lui était pas demandée […] »[48]. On regrette qu'elle n'ait pas saisi l'occasion qui se présentait à elle pour admettre d'infléchir l'exigence de loyauté probatoire lorsque celle-ci est confrontée au droit à la preuve. On ne décèle en effet aucune raison qui justifierait que la loyauté ne doive jamais s'incliner alors que des secrets reconnus et protégés par la loi peuvent tomber devant l'impératif de vérité.

30. On peut déplorer que la loyauté exigée sur le plan probatoire puisse faire triompher, en tout état de cause, une déloyauté sur le fond du droit. D'autant que, si le jugement n'est pas fondé sur la vérité factuelle qu'il est censé consacrer, d'autres justifications particulièrement fortes doivent venir à son soutien. Or, mis à part un appel mécanique à la loyauté probatoire, on n'en décèle aucune dans les arrêts ayant enjoint aux juges du fond d'ignorer des faits pourtant connus et mettant au jour des comportements particulièrement malhonnêtes. On peut dès lors regretter que la Cour de cassation permette si facilement d'escamoter les faits, c'est-à-dire la vérité, sans le fondement d'un texte de loi le prévoyant expressément et qui pourrait alors préciser les conditions requises pour ce faire.

31. Conclusion. La fonction d'une décision de justice est de mettre un terme au litige – ce qui est le sens propre du mot « arrêt ». À cette fin, il importe qu'elle soit acceptée par les parties à l'instance ce qui soulève la question des fondements de sa légitimité. Puisqu'il s'agit d'assurer la paix sociale, la réponse semble être sans équivoque : un jugement est légitime lorsque les juges ont pu statuer en connaissance de cause. Le Droit doit donc impitoyablement combattre le risque d'erreur judiciaire, en exigeant et en permettant que la vérité soit révélée.

Le système probatoire ne peut alors que jouer un rôle primordial pour atteindre cet objectif. Nombre de ses dispositions en témoignent qui ont pour raison d'être de permettre l'établissement des faits tels qu'ils se sont exactement produits : pouvoirs renforcés d'investigation du juge, reconnaissance d'un droit à la preuve au bénéfice des parties à l'instance, critère de l'aptitude à la preuve pour répartir la charge de celle-ci sont autant de manifestations de ce que la connaissance de la vérité factuelle est au cœur des préoccupations du système juridique et judiciaire.

---

[48] Pourtant, aux dires du pourvoi, le syndicat professionnel demandeur, « faisait valoir que la méthode dite des "visites mystères" constituait la seule façon de rapporter la preuve des éventuelles fraudes aux mutuelles que pouvaient commettre certains opticiens, et qu'elle avait pour but de constater la commission d'actes illégaux portant atteinte aux intérêts et à la réputation de la profession, et constitutifs d'actes de concurrence déloyale ».

32. Il ne faut néanmoins pas oublier que l'objectif premier demeure l'acceptabilité des jugements ce qui oblige à reconnaître la vérité factuelle pour ce qu'elle : un moyen et non une fin en soi. Certes, elle est et demeurera l'instrument privilégié pour fonder la légitimité des jugements mais il en est d'autres qui justifient que les faits tels qu'ils ont pu se dérouler ne viennent pas au soutien de la décision judiciaire. Cela est évident lorsque ces derniers demeurent hors de portée. Dans cette hypothèse, le législateur permet de leur substituer un appel à la conscience de la partie à l'instance dont les dires emporteront la décision des juges. La légitimité de celle-ci est alors assurée par les conditions strictes auxquelles cette vision – partielle voire partiale – de la réalité est admise par le droit de la preuve. Mais cette mise à l'écart des faits est encore plus significative lorsqu'elle est prévue par le système juridique alors même que la vérité factuelle est connue. Le législateur impose alors au juge de rendre une décision qu'il sait être une erreur ce qui suppose de fortes justifications. C'est l'hypothèse dans laquelle le jugement rejoint la volonté des parties à l'acte juridique litigieux. Sa légitimité est dès lors incontestable puisqu'elle est fondée sur la reconnaissance des faits – pourtant prouvés inexacts ou mensongers – par la partie à laquelle on les oppose. Le Droit n'étant pas la morale – et sous la réserve classique de la fraude – il n'est aucune raison de permettre au juge d'écarter la vérité subjective – si l'on veut bien nous passer cet oxymore – des parties au bénéfice de la vérité objective des faits.

33. Aussi emblématiques que soient ces hypothèses où ce n'est pas la vérité factuelle qui fonde la légitimité du jugement, on rappelle qu'elles ont le statut d'exceptions, dûment prévues et encadrées par le législateur. C'est dire si celui-ci souhaite en principe assurer l'acceptabilité des décisions de justice par la correspondance entre vérité judiciaire et réalité factuelle. C'est pourquoi les hypothèses dans lesquelles c'est le juge qui, *proprio motu*, se permet de telles libertés avec la vérité sont nettement plus contestables. Elles le sont d'autant plus que, si elles paraissent également commandées par l'objectif premier d'assurer l'acceptabilité des décisions de justice, il est douteux que le divorce alors opéré avec les faits permette d'y parvenir.

34. C'est déjà le cas lorsqu'en matière de responsabilité médicale, la Cour de cassation permet aux juges du fond, même exceptionnellement, de condamner une personne dont on n'a pas pu établir qu'elle était responsable du dommage. On comprend la mansuétude de la haute juridiction pour des victimes ayant subi de lourds préjudices corporels, pouvant aller jusqu'à la mort. Mais n'est-ce pas plutôt le rôle du législateur de tenir compte de certaines situations particulièrement graves – ce qu'il a fait d'ailleurs en matière d'infections nosocomiales par exemple – plutôt qu'au juge de substituer au respect des règles probatoires son propre sens de l'équité ? Car – sauf l'affaire du distilbène où le comportement des laboratoires avait été criminel – comment considérer comme légitime une décision dite de justice qui condamne le défendeur alors que sa responsabilité dans la survenance du dommage n'a pas pu être prouvée ?

L'obligation que la Cour de cassation impose également parfois aux juges du fond, sans l'appui d'aucun texte, d'écarter des faits connus est encore plus discutable. C'est pourtant ce à quoi aboutit la jurisprudence lorsque la Chambre commerciale juge inutile de rechercher si la preuve déloyale produite était la seule possible pour établir les faits allégués. La conséquence inévitable est d'imposer aux juges de rendre une décision que toutes les parties prenantes savent être une erreur judiciaire. Comment penser alors que le jugement sera considéré comme légitime, même par celui à qui profite cet aveuglement forcé des juges ?

Par une telle position, la Cour de cassation oublie la fonction essentielle – au sens le plus fort de ce terme – de toute décision qui se veut de justice : assurer la paix civile grâce à un jugement considéré comme acceptable par toutes les parties prenantes.

FACT OR LAW?

CUSTOMARY LAW WITHIN THE SWEDISH DOCTRINE OF LEGAL SOURCES IN A HISTORICAL PERSPECTIVE

Adam CROON
Senior lecturer in legal history, Örebro University, Sweden

Résumé : Cet article examine les arguments méthodologiques qui sous-tendent l'utilisation de la coutume et du droit coutumier dans la législation et la jurisprudence du système juridique suédois entre le 16e et le 19e siècle. Le concept de coutume fait référence à des normes de comportement dans la société, qui ne sont pas reconnues comme des normes juridiques, car elles ne sont pas soutenues par une opinio iuris. Le concept de droit coutumier est utilisé pour décrire les normes pour lesquelles il existe une opinio iuris. Alors que la première catégorie de normes n'a pas d'identité juridique indépendante et est utilisée principalement comme circonstance factuelle dans la législation ou dans l'interprétation juridique, la seconde catégorie est reconnue comme une source de droit indépendante dans la doctrine des sources juridiques. Historiquement, la pertinence de l'opinio iuris dans la transformation de la coutume en droit coutumier a été débattue parmi les universitaires suédois et l'indépendance du droit coutumier en tant que source de droit a été contestée.

Mots clés : Coutume – Sources du droit – Théorie juridique suédoise – Histoire du droit (Suède)

Abstract *: This paper discusses the methodological arguments behind the use of custom and customary law in legislation and adjudication in the Swedish legal system from the 16th century to the 19th century. The concept of custom refers to norms of behavior in society, which are not recognized as legal norms, as they are not upheld by an opinio iuris. The concept of customary law is used to describe norms where an opinio iuris exists. While the first category of norms lacs an independent legal identity and is used mainly as a factual circumstance in legislation or in legal interpretation, the second category is recognized as an independent source of law within the doctrine of legal sources. Historically, the relevance of the opinio iuris in the transformation of custom into customary law has been debated among Swedish scholars and the independence of customary law as a source of law has been disputed.*

Keywords *: Custom – Sources of Law – Swedish Legal Theory – Legal History (Sweden)*

INTRODUCTION

This text discusses some methodological arguments behind the use of custom and customary law in the Swedish legal system from the 16th century to the 19th century. In this text, the concept of *custom* will be used regarding norms of behavior in society, which are not recognized as legal norms by the population in the sense that they are not upheld by an *opinio iuris*. The concept of *customary law* will be used to describe norms where an *opinio iuris* exists within the population or within a certain relevant group of individuals. While the first category of norms lacs an independent legal identity and is used mainly as a factual circumstance in legislation or in legal interpretation, the second category is recognized as an independent source of law within the doctrine of legal sources. Historically, however, the main question among Swedish legal scholars has been whether any weight or importance should be attributed to the concept of *opinio iuris*. In other words, the question has been raised whether the transformation from custom into customary law, and hence the transformation from fact into norm in a legal perspective, should be attributed to the existence of an *opinio iuris* or whether the concept should be ignored, leaving the transformation exclusively in the hands of the legislator and the courts. On this ground, the independence of customary law as a source of law has been disputed.

I. The Time before The Code of 1734

There is no doubt that the unwritten law has been an important part of the Swedish doctrine of legal sources. It is worth mentioning that even if the Swedish legal system in the Middle Ages was a mixed system of mainly Germanic law and Roman law, and though the Germanic law by tradition has been regarded as oral, the Swedish medieval codes are fairly old in comparison with continental Europe.[1]

A prominent example of the importance of unwritten law is found in "[TRANSLATION] The Rules of the judges by Olaus Petri" traditionally attributed to the scholar and reformist Olaus Petri in the 16th century: a set of golden rules that should be followed by a good judge, which are commonly still published in the main edited versions of Swedish statute books.

Rule number 14 reads: "[TRANSLATION] custom of the land, when it does not lead to unjust results could be used in trial".[2]

It is not possible to draw any conclusions from the text alone as to whether the unwritten law could be used in competition with the written law or mainly as a subsidiary source. The 20th rule of the judge, on the other hand, stated that

---

1 K. Å. Modéer, *Nordiska rättskällor i konflikt* [*Historical Legal Sources in Conflict*], Stockholm, 2010, p.47-51.

2 O. Petri, *Domarregler* [*The Rules of the Judges by Olaus Petri*], Sveriges Rikes Lag [Swedish laws, Norstedts juridik ed.], Stockholm, 2022, p.70.

custom should be used in the absence of written law.[3] This indicates that written law had precedence. The Swedish 17th century scholar Claudius Kloot declared for example in his writings that "[TRANSLATION] where there is no written law, the jurist may use the fair custom of the land."[4]

As time went on, however, it became increasingly important for the legislator to strengthen his grip on the doctrine of the legal sources and to make sure that the precedence of the written law was respected. During the 17th century the legalism or formalism in legal methodology increased, culminating in the provisions in chapter 1, paragraph 11 and chapter 24, paragraph 3 in *1734 års rättegångsbalk* ([TRANSLATION] the Act on procedure in the Code of 1734), which firstly stated that the judge must judge in accordance with the (written) law and only use custom in cases of silence or obscurity and secondly made it clear that only Swedish law and custom could be used in court. This development had mainly two explanations which will be outlined in the following: first, a situation where the medieval codes were outdated but not updated (which made gaps in legislation frequent), and secondly a fierce competition of legislative power between the king and his royal courts broke out in the 17th century, a battle fought partly with the doctrine of legal sources as a weapon.[5]

The first of the royal appeal courts was Svea Court of Appeal, set up in 1614.[6] Thereafter several royal courts were created in the provinces of the relatively vast Swedish realm, which stretched into Finland, the Baltics and even northern Germany. The use of custom within the procedures of the royal courts was generally understood as normal, but already in the instruction to the courts of 1615, it was stated that only Swedish custom could be used.[7] This was a way to

---

[3] "*Der man hafver icke beskrifven lag uppå, der skall man bruka landets skälige sedvänja för lag och döma derefter*". 20th rule of the judge. See also Kreüger, Johan, Försök till utredning av begreppet landssed [*In Search of the Concept of Customary Law*], *Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning* [*Review for Legislation, Case law and Administration*], 1869, p.209.

[4] "*Ther man hafwer icke beskrifwen Lagh uppå, ther skal man bruka Lanzens skälige Sedwänjo, för Lagh och döma ther efter.*" C. Kloot, *Then swenska lagfarenheetz spegel vthi fyra böcker fördeelt och beskrefwen aff Claudio Kloot. Medh Kongl. Mayt.ts special privilegio*, Götheborg, tryckt hoos Amund Grefwe, åhr 1676 [*The Swedish Law, Described in Four Books by Claudius Kloot*], p.9 and Lyles, Max Sedvanas omvandling till lag och rätt. HD och sedvanerätten 1859–1886, [*From Custom to Customary Law – the Swedish Supreme Court and the Customary Law 1859-1886*] in *Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle – historiskt och komparativt. Vänbok till Rolf Nygren* [M. Jäntärä-Jareborg and M. Kumlien (ed.), *Law and Legal Families in a Changing Society – Historically and Comparatively*,] Uppsala, 2011 p. 288.

[5] C. Peterson, 1826 års förslag till allmän civillag – en svensk kodifikationsstrid? In J. Kekkonen *et al.* (ed.), *Norden, rätten, historia – Festskrift till Lars Björne*, [*The Debate regarding the Proposed Private Law Codification of 1826 a Swedish Kodifikationsstreit?*], Helsingfors, 2004, p. and Modéer, p.86-87, in particular p.90.

[6] Modéer, p.111.

[7] See Lyles, p.289 and A. Croon, *Jura Novit Curia – En rättsgenetisk undersökning av den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet* [*Jura Novit Curia. A Legal Genetic Study of the Development in Legal Methodology in the 19th Century*], Stockholm, 2018, p.111.

deal with the pluralism in the doctrine of the legal sources that already existed at the courts and was an attempt to try circumscribe it.[8] The pluralism could, as stated above, be attributed to the lack of modern legislation, since the latest code in force at the time in Sweden was from the 15th century.[9] Scattered legislation of various kinds was the only instrument that courts had at their disposal, and hence they looked for guidance elsewhere or interpreted the statutes rather freely. By doing so, their own case law undermined the status of the written law, as well as the crown they were set to serve – much to the liking of the nobility. This practice only increased until the Swedish king, Charles the 11th wrote a strongly worded letter to the Göta Court of Appeal in 1683, making it clear that from now on only Swedish legal sources were to be used at Swedish courts, and above all the written law of the King.[10] Two years later, in 1685, a committee was appointed with the task of drafting the new code of the realm, which was to become the code of 1734.[11] However, as time passed, the political circumstances changed, and when the code was enacted in 1734 the king was long since gone, as well as his empire. The code, however, survived him by many years. The Swedish code of 1734 represents the last attempt of codification in Swedish legal history. In its original version it contained provisions on private law, criminal law, civil and criminal procedure. Though most of its provisions have been changed or repealed and many new laws are to be found outside of the code, it is technically still in force.

II. The Unwritten Law as Natural Law and Data of Interpretation

Customary law had, as shown, been used in its' own right or as a tool of interpretation of the written law. In this second capacity the custom had mainly been regarded as a fact and its normative status or transformation was attributed to the act of interpretation. There is, however, another factor to consider when dealing with the status of customary law at this time in history, namely the relationship between customary law and *natural law*. According to the legal theory of the time, law must like all other phenomena, have its origin in a metaphysical dimension. Hence, *natural law* could be described as absolute morality, a natural entity that transcended time and space.[12] Man could understand the needs of morality as well as of the natural law through rational reasoning. The results of these rational conclusions or of the intuitive understanding could be found in society in the form of custom, which were considered to be traces of natural law. Rightly used, the custom or unwritten law, should be used inductively by

8 See Lyles, p.289 and Croon, *Jura Novit Curia*, p.111.

9 Peterson, 1826 års förslag, p.245.

10 J. Schemedeman (utg.), *Stadgar, författningar, bref och resolutioner ifrån åhr 1528 in til 1701 angående justitiae och exekutionsährender* Stockholm 1706 [*Compiled Swedish Legislation from 1528-1701*], p.856.

11 Peterson, 1826 års civillagsförslag, p.245.

12 C. Peterson, "Rättslig enhet genom naturrätt", [Legal Unity Through Natural Law] *Juridisk tidskrift*, [*The Law Review*], 1992/93, p.620.

judges, legislators or even scholars to understand the meaning and demands of natural law. Albeit a fact in relation to the written law, the custom had a normative character, to the extent that it mirrored natural law. It was not, however, the existence of a popular *opinio iuris* itself that made it normative, but the fact that the *opinio iuris* mirrored the natural law.

The legislator was advised by certain scholars, not to meddle in the popular custom when it corresponded with natural law. In these cases, there was no need for formalization through legislation. The Swedish jurist Lars Lind claimed for example that:

> "[TRANSLATION] It is not against legislation that people measure the rights and wrongs of their doings, but against the natural rationality of their minds. The commandments of law and its prohibitions are too many to be stored in memory, but the sound mind and good conscience is there at every hour, as long as it is not forced out by evil thoughts. Therefore, the legislator seldom forbids something which is known as sound and virtuous by the conscious mind."[13]

An example of this way of reasoning could be found in a commentary of the Swedish code of commerce by the scholar Johan Holmbergson. Holmbergson claimed that the Swedish legislator, being aware of the customs existing in contract law on real estate, had abstained from legislating on the subject – apparently finding them in line with natural law:

> "[TRANSLATION] When the legislator, being aware of the customs according to which these transactions are made, and still not have found it necessary to provide rules and definitions, one could draw the conclusion that the law will protect even purchases of both corporal and incorporal things, if they are not explicitly excluded, and hence that the rule in 2 § d and c is applicable."[14]

---

13 "*Det är icke Lagarnes föreskrifter, hvarefter menniskor i allmänhet mäta sina företag, utan efter det naturliga ljus de äga i förståndet. Lagarnes bud och förbud äro alltid för många att förvaras i minnet: hvaremot sunda förnuftet och samvetet inställa sig sjelfmant vid hvarje tillfälle, om de ej utestängas af en elak vilja. Sällan förbjuder Lagstiftaren med framgång något som sunda förnuftet och samvetet anse oskyldigt.*" See L. F. Lind, *Dommarens pröfning efter Sveriges lag eller sättet att utröna lagens rätta förstånd, mening och grund*, ny upplaga [*Judging in Accordance With the Swedish Law or the Correct Way of Finding Ratio Legis, new edition*], Stockholm, 1848, p.7.

14 "*Lagstiftaren har ej velat tala om fast egendom m). Återstå således res mobiles, och res incorporales, som ej höra under immobiles. Nu förekommer väl ej i detta kapitel något exempel på res incorporales. - Men skulle lagstiftaren med kännedom av de sedvanor, enligt hvilka äfven dessa såga köpas, säljas och skiftas, ej anser nödigt at igenom någon definition utesluta någon av de gängse begreppen, kan man med säkerhet sluta, at lagen, äfven i anseende til dessa ämnen tagit under sit skydd alla de köp och skiften om både corpoliga och ocorporliga ting , som ej uttryckligen äro för ogilde förklarade, at således om dem alla gäller regeln* i 2 §. d. c J. Holmbergson, *Förklaringar öfver Handelsbalken* [*Explaining the Code of Commerce*], Uppsala, 1806 p.18.

If a custom or the customary law differed from the requirements of natural law, it must, on the other hand, be stifled by the legislator and hence also by the judge.[15] The prohibition of customary law in these cases was used to educate and mold the population into a more morally enlightened people.[16] That is why the methodological rules on how to use customary law in judgements had always come with the condition that it should not be unjust or lead to unjust results – the main purpose being that the positive law should be in sync with its origin – natural law. This must be assured by the legislator primarily, when interpreting the custom deciding on the need for further legislation, or in his place, by the judge, when interpreting the legislation or when using customary law independently. The legislator, however, remained the main interpreter and evaluator of popular *opinio iuris*. The same idea is found in the Rules of the Judges, where the 15th rule stated that "wicked or unjust custom may never be anyone's help, which means that no one should base his claim on it, arguing that many do the same as he does, when what he has does is against the law."[17] Wrongful customs could never have legal force based solely on continuity and *opinio iuris*, not in positive law, nor in view of natural law, as the binding character of the former was dependent on the latter.

Consequently, the interpretative discretion exercised by the judge did not amount to any real law making or personal influence over the law – the task was only to adapt the law to natural law trough gap filling. The use of custom therefore had its limits as described in the code of 1734. The famous professor at Lund university, David Nehrman Ehrenstråle, pointed out that the judge must try to interpret the law and fill gaps by choosing arguments that were in line with natural law. Nehrman based his reasoning implicitly on another of the rules by Olaus Petri (number 9), which stated that what was unreasonable according to natural law, could never be regarded as valid positive law:

> "[TRANSLATION] The judge should in dubious cases, when different opinions seams to follow from different readings of the law, found his reasonings upon the natural law, and rather interpret the law equitably than give it a meaning contrary to natural justice: because what is not just could never be accepted as law."[18]

---

15 C. Peterson, *Lagstiftning eller självreglering i ett rättshistoriskt perspektiv*, [*Legislation or Self Regulation in a Historical Perspective*] *Svensk Juristtidning* [*Swedish Law Review*], 2001, p. 220-221 and 1826 års civillagsförslag, p.246-247.

16 *Ibid.*

17 Sveriges Rikes Lag, p.70.

18 "*[Domaren] bör [...] i twifvelachtiga måhl och när olika meningar följa af svårstilte reglor, sätta then naturliga Lagen til grund, och uthwälja thet, som ther med enligt är, samt häldre så uthtyda Lagen, at then stämmer öfverens med billigheten, än tillägga then en sådan mening, som strider emot rättvisan, ty thet rätt och skiäl icke är, thet kan icke heller wara lag.*" See D. Nehrman Ehrenstråle, *Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem 1729: Then swenska jurisprudentia civilis 1746* [*Introduction to Swedish Jurisprudence*] (Facimil), Teckomatorp 1973, p.73.

Nehrman also pointed out that the mandate of the judge to interpret natural law could be derived from the legislator and that, rightly understood, there should be no competition between the two institutions:

> "[TRANSLATION] He [the judge] should also remind himself of his duty, which is to find the correct meaning of the law and not what the legislator should or could have said. In such a quest, would he overstep the boundaries of his professional duty, much in the same way as Roman Praetors, who through their interpretations of the law became independent law makers. If the judge seeks anything but the legislator's intention, he has no honest wish to uphold and further justice."[19]

In conclusion, the judge should, much in the same way as the legislator, refrain from disturbing the organic influence of natural law on people's sense of morality – mirrored in their customs and customary law. Judges were not to disturb the natural development, nor, and more importantly, were they to question the legislator's understanding and goals *vis à vis* the implementation of natural in positive law, but to further it.

The methodological conclusion that could be drawn from the reading of statutes and scholarly writings combined, is that, in the light of an understanding of natural law, the legal formalism which dominated Swedish legal methodology after the year of 1734 was not an end in itself, but a mean to create both a political and a methodological demarcation line between the legislator and the judiciary when it came to the interpretation of the unwritten law and hence the use of customs. The legislative act could transform the custom into valid law, or leave the question unregulated, giving room for the customary law to flourish on its own. In a second step, the judge could use custom as a tool of interpretation of the written law, or apply it independently, on the implicit mandate of the legislator. The judge's interpretation was merely regarded as a secondary legislative act, a second way of acknowledgement of natural law.[20] The custom was therefore mainly a factual circumstance whereas customary law existed in a legal sense only when the popular *opinio iuris* was truly respected by the judiciary.

---

19 "[...] *Han bör ock påminna sig, det hans syssla är, at upsöka Lagens rätta mening och ej hwad Lagstifftaren hade bordt eller kunnat säga. Giör han thetta, öfverskrider han the råå och rör, som hans Ämbete föreskrefne äro, på samma sätt, som Romerska Praetores, hwilka med theras uthtolkningar stadgade nya Lagar. Söker Domaren något annat, än Lagstifftarens rätta mening, har han ej något redelit upsåth at främja rättwisan*". See Nehrman, p. 73.

20 Modéer, p. 87.

III. The Historical School and the Positivistic Outlook on *Opinio Iuris* in the Swedish Doctrine of Legal Sources

The formalistic view, which meant that the popular *opinio iuris* in principle could not, or should not, independently transform a custom into customary law, was challenged by Swedish legal scholars in the 19th century. In 1879 Ernst Victor Nordling claimed that "popular legal conscience" (a concept of which custom was the foremost representative) formed the foundation of all stately and private legislation:

> "[TRANSLATION] In each state it exists therefore a common legal opinion, stemming from a common popular legal conscience, the true foundation of all legal developments."[21]

Contrary to the formalist view of the late natural law era, where the subsidiarity of the unwritten law could be traced back to voluntary political and legislative acts, Nordling attributed the weaker influence and lack of independent use of customary law in modern societies to a more organic political development and to social factors, such as increased specialization and fragmentation of the popular conscience:

> "[TRANSLATION] The common popular conscience is not however in all periods of the life of the state capable of taking the form of legal rules; this is but possible under simple conditions, when the general public take active part in the creation and upholding of the law. In such societies, the law consists merely of customary law."[22]

Other Swedish legal scholars had made the same remark, like professor Carl Olof Delldén who had pointed out that "[TRANSLATION] at a certain state of cultural development, the division of tasks will take place both in the immaterial and the material or industrial sphere of society is quite clear, but from that we cannot conclude that any deeper rupture or break should take place in society."[23] In reality, the claims of Nordling and Delldén echoed the words of Savigny,

---

[21] "*Så bildar sig inom hvarje stat en gemensam rättsuppfattning, som hvilar på ett allmänt rättsmedvetande, och detta bildar den allmänna grundvalen för rättsutvecklingen*." See E. V. Nordling, *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt Allmänna delen H.T. 1877-V.T. 1879* [*Lectures on Private Law by Professor Ernst Victor Nordling, Autumn Term 1877 to Spring Term 1879*], Upsala, 1882 s. 27, See also Lyles, p.290.

[22] "*Detta allmänna rättsmedvetande är ej i hvarje period af statens lif mäktigt att omedelbart taga form uti särskilda rättssatser; detta är blott möjligt under mycket enkla förhållanden, och där menige man direkt taga del i rättens handhafvande. Där så är, framträder rätten hufvudsakligen såsom sedvänja.*" See Nordling, Civilrätt, p.27.

[23] C. O. Delldén, *Vederläggning af några inkast mot Rättsforskningens värde och praktiska nytta, Schmidt Juridiskt Arkif, tjugonde bandet, 1848-49* [*A Critique Regarding Some Statements Corncerning the Practical Value of Legal Science*] 20th Volume of *Schmidt Juridiskt Arkif* [Schmidt Legal Archive], 1848-1849, p.573 and Croon, *Jura Novit Curia*, p.34 as well as in Swedish Legal Education Reform in the 19th

founder of the German Historical School of Jurisprudence, the ideas of which Swedish legal scholars were now heavily leaning on:

> "*Bey steigender Cultur* […] *sondern alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim.*"[24]

This didn't mean, however, that the customary law was to be disregarded. On the contrary, it had its own and prominent place as an independent source of law. The requirement for this status, was a concrete enough custom, a limited population, a concrete time frame and most importantly the existence of *opinio iuris*:

> "[TRANSLATION] Furthermore, customary law could also regulate situations that are not decided in statutes, especially in smaller local matters and places and among classes of the population with a common outlook and way of organizing their lives."[25]

There was no longer the understanding that the legislator should take charge and transform the popular conscience and its customs into written law. On the contrary, statutes were only one way among many of giving legal weight to customs. Other ways were equally important, not least the local norms following popular *opinio iuris*. In fact, customary law being the most natural source of law and being the closest to the common general or popular conscience (*Volksgeist*), Nordling modelled his understanding of other legal sources on it.[26] Much like his German counterparts within the historical school, he regarded both case law and legal scholarship as a sort of professional, legal custom.[27] This outlook was only natural: if law were to be perceived as something founded in time and space, rather than in metaphysics, then facts must be at the core of any legal rule, combined with a normative element. Accordingly, different norms in different legal sources could only be regarded as different means of formalizing and transforming these facts into legally relevant norms. The legal element could hence be more or less formal, from the flexible and shifting *opinio iuris* to the formal date of enactment

---

Century and the Historical School of Jurisprudence, in M. Devinat, M. Samson, G. Azzaria (ed.), *Les écoles de pensée en droit, Legal Schools of Thought* Quebec, 2020, p.188.

[24] "[TRANSLATION] With cultural development follows a division of various tasks between the members of society. What was before carried out together in a communal fashion, will be assigned to a certain craft, guild or class." F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtwissenschaft* [*Of the Vocation of our Age for Legislation and Legal Science*], Heidelberg, 1814, p.12.

[25] "*Dess utom kan rättssedvänjan här finnas såsom reglerande förhållanden hvilka ej bestämmas af lagstiftningen; i synnerhet inom smärre lokala områden eller bland klasser af människor, som hafva en gemensam lefnadsriktning.*" See Nordling, Civilrätt, p.28.

[26] See Lyles, p.291-292.

[27] Nordling, p.28-29.

of a statute. This *opinio iuris* could however also be reflected in statutes, case law and, to a certain degree, in legal scholarly writing. Regarding case law, Nordling argued that "[TRANSLATION] Case law has a lot in common with the popular conscience in that she is a custom, all be it more precise and reflected."[28]

A consequence of this radical change in the doctrine of legal sources was that the judge no longer, when using unwritten law, had to choose whether to make a fact, a custom, into positive law, or whether to interpret certain facts in society as traces of a norm in natural law and validate it as positive law. The task was from now on (only) to solve a conflict of norms within positive law. Norms could namely have their origin both in the public and private domain, in the form of statutes and case law, on the one hand, and self regulation, on the other. This pluralistic stance in the doctrine of legal sources also had been pointed out by Savigny, who had described the task of the judge of dogmatically oriented scholar as the creation of legal unity out of the multitude of sources – "*die Gesamtheit der Quellen*". ("TRANSLATION the totality of the applicable sources"). [29] However, conflicts between norms called for methodological solutions and, as will be shown, Nordling and other Swedish scholars trusted in the Historical School to provide them.

IV. The Conflict of Norms – Internal or External Ways of Distinguishing Between Fact and Law

Like in the era of natural law, it was for the political and legal branches of the state to decide on the refinement of custom through statutes and case law, as well as on the respect for the customary law as an independent source of law.

In this matter, the resolving of a potential conflict between norms became an immediate question of methodological importance. The scientific needs as well as the practical needs of legal application called for legal unity. There could not, for both practical and scientific reasons, be more than one answer and one applicable rule to each legal question, or, at least, rules of public and private origin could not be used simultaneously, especially not if they led to different conclusions. Hence, the judge must base his legal solution on either a rule stemming from private regulation, i.e. customary law, or from statutory law.

There existed at this time lawyers who claimed that the potential conflict of norms could be resolved by upholding the old more legalistic approach to custom and customary law. They claimed that the root of the problem lay at the double origin (private and public) of legal rules and hence the independent

---

[28] "*Domstolspraxis har äfven i öfrigt mycken likhet med folksedvänjan, hon är en sedvänja mera reflekterad och därför mera noggran, klar och preciserad.*" See Nordling, p.29.

[29] F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, [*System of modern roman law*] volume one, Berlin 1840, p.262.

binding force attributed to the popular *opinio iuris* and that the whole conflict could be avoided if the binding force was neglected. Johan Kreuger argued for this methodological stance in the form of a syllogism:

> "[TRANSLATION] It has been noted earlier in this text that customs, in order to be regarded as law, needs the acceptance/acknowledgement of the legislator, but that this acceptance does not need to be explicit, in other words, that customary law becomes a source of law in the same manner as other sources of law. If they on the other hand can't count as law without the explicit acceptance of the legislator, the same would be true in the case of the customary law. Could again, on the other hand legal sources in general become law by only the silent acceptance of the legislator or in the form of precedents, then that would also be true for customary law. In Sweden a legal source would not count as law without the legislator's explicit word of acknowledgement and hence the same must be true for customary law."[30]

Johan Kreuger argued openly and specifically against the Historical School, claiming that it should be the legislator's or the judges' task to transform the customary fact into a norm, by acknowledging it and making it into either a statute or a precedent. The conflict of norms would then be resolved by concentrating the law making in the strict sense to the stately institutions. Furthermore, by regarding the case law as a mere secondary legislative act, the *monism* in the doctrine of legal sources would make for legal unity and certainty. In other words, the monistic, state-oriented and formalistic approach would provide for a distinction between law and fact, which in turn would resolve the potential conflict of norms.[31] The custom remained a fact until it was made a norm by getting recognized in statutes or case law. That way, however, the actual legal source would never be the custom itself, but rather the statute or the precedent which confirmed it:

> "[TRANSLATION] I cannot accept the conclusions to which the Historical School comes regarding the binding force of customs. They have in my opinion no such binding force in themselves. A custom is nothing but a source from which the legislator gets his inspiration and material. The custom does not stand alone in this regard. As a source of law in this sense could also be mentioned the case law or the so called "jurisprudens"

---

30 "*Det har ofvan anmärkt, att plägseden, för att gälla som lag, behöfver lagstiftarens accepterande, men att detta ej i allmänhet behöfver vara uttryckligt, eller med andra ord att plägseden är en rättskälla, hvilken blifver lag på samma sätt som rättskällor i allmänhet. Kunna dessa i allmänhet ej blifva lag utan lagstiftarens uttryckliga förklarande, så kan ej heller plägsedan blifva det. Kunna åter rättskällor i allmänhet blifva lag genom lagstiftarens tysta samtycke eller i form af prejudikater, så kan äfven plägseden sålunda blifva lag. I Sverige blir ej en rättskälla i allmänhet lag utan lagstiftarens uttryckliga förklarande. Derför blir ej heller plägseden i Sverige eller Landsseden lag utan lagstiftarens uttryckliga förklaring.*" See Kreüger, *Försök*, p.209.

31 See Lyles, p.294.

> [fr. jurisprudence] as well as the legal doctrine, who's task it is not only to logically shape the custom and the case law, but which could itself include a constitutive legal element. Without the transformation and acceptance by the legislator custom could never have the status of binding law."[32]

It is not completely evident whether Kreuger commented on the status of the customary law as an independent source of law or on the concept of popular legal conscience (*Volksgeist*). The representatives of the Historical School never regarded the *Volksgeist* as formally binding in a legal sense, even if it was the ultimate source of law. As have been shown, Nordling would not have objected to Kreuger's claim that other sources of law could be used to transform the needs of the popular legal conscience or *Volksgeist* into formal legal norms, but he would have disagreed on Kreuger's formalistic and legalistic stance. Case law, customary law and legal doctrine would by Nordling have been regarded as equally important and independent sources of law and not as mere material for statutory interpretation. It was ultimately this idea that Savigny had tried to communicate in *System*, speaking of a "Kreis" ("TRANSLATION circle") or "Gesamtheit der Quellen" ("TRANSLATION, the totality of the applicable legal sources).[33] The concept or definition of a legal source hence differed between the two writers and if Kreuger discussed the customary law in a strict sense it was clear that their opinions were different.

Although Kreüger's understanding and stance in this matter could be regarded as a conservative and a preservation of the old, formalist natural law paradigm[34], it could more probably be understood as at least a partially new stance, due to the emerging pluralist doctrine of legal sources and the new question of conflict between legal norms. As has been demonstrated, the old natural law paradigm didn't regard the conflict or overlap of positive norms as problematic as the unity of the positive law was guaranteed by the correspondence with natural law and not by institutional means. It was mainly in a positivist setting that this unity could be

---

[32] "*I följd häraf kan jag ej heller godkänna det resultat, hvartill den historiska skolan på nämnde premiss kommer i afseende på landssedens bindande kraft i och för sig. Landsseden har enl. mitt förmenande ej någon sådan verkan. Landsseden är icke annat än en rättskälla, derur lagstiftaren hämtar material. Han står i sådant afseende ej ensam. Bredvid honom stå såsom rättskällor dels rättspraxis eller s.k. jurisprudens, dels doktrinen hvilken sistnämndes uppgift ej blott är att gifva en logisk form åt landssed och rättspraxis samt tolka gällande rätt utan ock att sjelf utgöra ett nytt konstitutivt rättselement. Utan att landsseden upptagits och godkänts af lagstiftaren, kan den ej hafva gällande kraft som lag.*" See KREÜGER, Huru må man förstå 2 mom. af 11 § 1 kap. Rättegångsbalken 1734 års lag […]? [How is Chapter 1, § 11 of the Code on Procedure to Be Understood?], In Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning [Review for Legislation, Case law and Administration] 1882, p. 575.

[33] SAVIGNY, System, volume one, p. 262. See also CROON, *Rättsdogmatikens plats i juristutbildningen eller Om värdet av en kompass*, [*On Legal Dogmatics in Legal Education, or On the Value of a Compass*] in *Rättsvetenskap — nu och i framtiden* [A. H. PERSSON ed. *Legal Science Today and in The Future*,], Örebro Studies in Law 12, Örebro, 2019, p. 36.

[34] See for example LYLES, p. 293.

threatened by a competition between public and private norms such as statutes and customary law. The approach of the German Historical School and its Swedish representatives in this matter was, as will be demonstrated, rather the opposite to Kreuger's. The distinction between fact and law was not a starting point in their legal methodology, but the end – a result of interpretation of the legal sources.

V. The Concept of the Law in Force (*geltendes Recht*) and the Formal and Material Test of Customary Law

In the case of a conflict between a norm, stemming from private law making such as customary law, and a statutory norm, the judge must choose between them. The reason for this was the implicit need for unity that followed from the lawyer's dogmatic or systematic understanding of law. Savigny had defined legal unity as a systematic whole without gaps, overlaps or contradictions.[35] This systematic understanding of law could be used both on a macro- and a micro level (that is in a specific case). If the jurist respected the theoretical understanding of law on a macro level, he must however clearly respect it on a micro level as well, or the solution would compromise the unity on a macro-level. This meant on the other hand that the macro level would guide the judge on a micro level and provide him with arguments of interpretation when solving a potential conflict.[36] Savigny had in *System des heutigen römischen Rechts* pointed towards two main lines of argumentation, the internal systematic one, and a line of external goal-oriented argumentation.[37] As it happened, both these lines could be used in order to solve a conflict between customary law and statutory law.

The systematic line of argumentation could be provided by the statute itself. The legislator could state that the parties had a choice between public legislation and private norms, such as contracts, usage, or customary law. In these cases, the use of unwritten law was depending on the will or acts of the contracting parties, and the potential conflict could be resolved by an internal hierarchy of norms where the unwritten law had potential precedence. Such constructions could indeed be found in the Swedish Contract Act of 1915 and the Sales of Goods Acts of 1905 and 1990.[38]

In accordance with the importance that the historical school had attributed to the popular legal conscience however, the normative force of any legal source (even statutes) when used in the specific case, must, to a certain degree, be measured against it. The reason for this was, that even if the legal source represented a formalization of the general legal conscience or *Volksgeist*, the

35 Savigny, *System*, volyme one, p.263-264.

36 On this, see for example references in Croon, *Jura Novit Curia*, p.59 and *Rättsdogmatikens plats i juristutbildningen*, p.36.

37 Savigny, *System*, volume one, p.213-215.

38 See § 1 of the Swedish Contract Act of 1915 and § 3 of the Swedish Sales of Goods Act of 1990.

formalization had come at a prize. This price was the potential disconnection between "law in books and law in action". Political procedure and legal formalism meant that the formal law could never encompass society in its totality nor keep up with the constant change of public opinion. For both these reasons, in application of law, the interest of formal and systematic unity must be balanced against the material correspondence with the values of society. Regarding case law, Nordling's opinion was clear:

> "[TRANSLATION] As it is a kind of custom, stemming from a certain limited class, namely the class of the jurists, and hence doesn't stem directly from the popular legal conscience, there is a risk that it develops in a direction which is not in line with the latter. There are many concrete examples of this problem."[39]

Customary law was the source of law closest to the general legal conscience, but it could nevertheless be different from it. This didn't need to be a problem, but the judge could get the feeling that a custom, from a popular point of view, was unpractical, unsuited or even immoral, to the extent that it couldn't be accepted as law in a specific case. In other words, there were other sources better suited to solve the legal question, or even by content more acceptable to the popular legal conscience, even when there existed *opinio iuris* regarding the custom in question:

> "[TRANSLATION] We oppose those who claim that every custom has a legally binding force. As long as it finds resonance in the general legal conscience this would be true, but not otherwise. It would be misleading to argue that the popular legal conscience give rise to legal rules which then would be binding for eternity. If that were true, one would give law a form which is no longer correct as the general legal conscience is something that could never be bound or limited, but still is moving towards ever higher levels of completion. Without it no legal change would be possible."[40]

In these cases, the judge must disregard customary law and chose another norm to apply. This meant that customary law didn't apply in the specific case, but not

---

[39] "*Emedan hon är en sedvänja inom blott en viss klass, rättskiparnes klass, och icke lika omedelbart träder fram ur det allmänna rättsmedvetandet som folksedvänjan, kan dock fara uppstå, att hon utbildar sig i en riktning, som med det samma icke står i öfverensstämmelse. Många rättsliga företeelser kunna tjäna såsom illustrationer härtill.*" See NORDLING, p.28.

[40] "*Vi opponera oss ock emot den minutiösa uppfattning, som yrkar, att hvarje rättssedvänja är en rättsregel, som ovilkorligen är bindande. Så länge rättssedvänjan har sin rot i det allmänna rättsmedvetandet, lefver den samma, men ej längre. Det är vilseledande och oriktigt att fatta rättssedvänjan såsom en källa för rätten, hvilken gifver rättssatser, som sedan ovilkorligen skola gälla. Man binder därigenom rätten vid de former, rättsmedvetandet en gång tagit. Rättsmedvetandet är något, som ej låter binda sig, utan ständigt utvecklas till alt större fullkomlighet. Men skulle man anse en rättssedvänja, som en gång uppkommit, beständigt höra följas, så skulle ingen förändring och utveckling af rätten bli möjlig.*" See NORDLING, p.27.

that it was disqualified as an independent source of law, nor that it didn't potentially could apply in other cases. It was in this respect that the methodological differences between Kreuger and the historical school became apparent. For Kreüger the custom was a fact until it became a norm. For the historical school, customary law was an independent source of law, and the rule's existence was only depending on the *opinio iuris*. The customary law rule could remain potentially valid, even if it was disqualified as applicable law in the specific case. From that micro-perspective, it was regarded as a fact, but not from the macro-perspective of the whole legal system – where it remained a norm. As have been pointed out, the lawyer could hence solve the conflict of norms by systematic arguments as well as by taking factual circumstances of society into account, when choosing between the application of customary law, or norms stemming from stately institutions. When doing so, the lawyer contributed to the development of the legal system by alternating between the macro-perspective of potentiality of norms and the micro-perspective, where a clear decision were made, which resulted in the application of a valid norm. Thanks to the concept of a *geltendes Recht*, a law in force, it was in the stage of application that the real and final distinction between law and fact was made.

CONCLUSIONS

Customary law has always coexisted in Sweden together with the written law. During a long period, the written law had at least a theoretical precedence. The reason for this was twofold: political on the one hand and methodological on the other. The use of multiple legal sources in case law from the newly founded appeal courts in the 17th century, triggered a need for, or at least an interest in, legal reform to strengthen the power of the Crown over the court's legal application. As a result, Swedish courts were forbidden to use unwritten law, such as customary law, when the written law was clear. To the extent that unwritten law existed, it could be used as an inspirational source and transformed into written law by the legislator. In this capacity, however, customary law was regarded as a mere political fact *vis à vis* the positive law, and its normative transformation took place by the legislative act. The popular *opinio iuris* did not matter from a legal point of view. In hard cases, custom could also subsidiarily be used as a tool of interpretation by the courts. Again, however, it was the facts, the way of handling the situation, that interested the courts merely, not the *opinio iuris* (even if it existed) and the normative transformation took place when the facts were used to interpret the statute.

This narrative, in which the political reality dictated the doctrine of the legal sources, as expressed in the first chapter, paragraph 11 and the 24th chapter, paragraph 3 in *1734 års rättsgångsbalk*, [TRANSLATION the Act on procedure in the Code of 1734] could, however, be nuanced in the light of the theory of natural law. Natural law was both the ultimate source of law and the yardstick,

against which the popular, as well as the legislative understanding of law should be measured. It is therefore possible to understand the developments the 17th and the 18th centuries in a scientific and methodological light. The theory of natural law stated that positive law should mirror the natural law as much as possible. It was the duty of the legislator to make sure that he, and his courts, followed the pre-requisites of the natural law and made sure that the population did likewise. In this context, it was only natural that the legislator took charge and established his right to transform virtuous, and therefore lawful, custom into law, as well as his right to stifle and abolish unlawful and wicked custom, through legislation and case law. The precedence of the written law is here to be understood more as a methodological divide than a political divide between the Crown and its courts. Transformation of natural law trough the acceptance of the customary law, that was in line with natural law, was primarily a task for the legislator and only subsidiarily a matter for the courts. The popular *opinio iuris* could not be trusted unconditionally: it had to be measured against the standard of natural law and evaluated. In most cases customary law functioned as a fact in legislation and case law, at least from the point of the positive law. As have been shown however, from the point of view of the natural law, the custom was already normative in a legal sense, because it mirrored natural law and would contribute to its fulfillment in positive law. For this reason, it was possible, and even encouraged in legal theory, that the legislator abstained from legislation in these cases and let the customary law co-exist with the written positive law.

These developments in Swedish legal theory came to a halt with the influence from the German Historical School in jurisprudence. Positivist at the core, the school claimed that the foundation of law was no longer metaphysical but rather the opposite. Customary law, as the closest example of the general legal conscience of a population in a specific time and place, became the baseline of other legal sources, such as legislation, case law and even legal scholarship – the doctrine. The normative test and transformer of custom from fact to norm, was first and foremost the popular *opinio iuris*. The existence of such in a relevant part of the population transformed the custom into a valid norm, to be acknowledged by the legislator and the courts. The role of the legislator's test hence changed with the introduction of legal positivism. *In dubio*, customary law and statute law should co-exist and courts even had the free mandate to choose among the two types of norms, at least in private law. It was hence generally recognized that law could raise out of both private and public initiatives. The strong focus on the popular conscience (*Volksgeist*) however made it necessary for legislators, scholars, and ultimately courts, to question the legal norms, not only their formal merits and applicability in the specific case but also in a wider and more purpose-oriented sense. Norms needed to be not only formally and systematically applicable but also be in line with popular legal conscience and the political needs at the time of application. Hence, the reading of the provision in *1734 års rättsgångsbalk* still

held out, that no application of custom, or indeed of any norm, should lead to unjust or irrational results. Thanks to the increased value attributed to the *opinio iuris* however, it became the task of the jurist to choose, this time not between fact and law, but between two or more legal norms within a pluralistic doctrine of legal sources, by the means of interpretation. The interpretation of the sources doesn't start but should however *result* in a distinction between law and fact in the specific case – between historically applicable law (a fact of legal history) and the applicable law (*geltendes Recht*), the legal norm. The differentiation between law and fact regarding customary law, which earlier took place between natural and positive law, hence moved to the positive law and the distinction became historical, much thanks to the increased value attributed to the *opinio iuris*.

LES ALGORITHMES RÊVENT-ILS D'UN DROIT FACTUALISÉ ?

LA DOCTRINE UNIVERSITAIRE FACE À L'EFFET FACTUALISANT DE LA JUSTICE ALGORITHMIQUE

Camille BORDERE
ATER au sein du Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État (CERCCLE, EA 7436) de l'Université de Bordeaux

Résumé : Le discours doctrinal portant sur les bases de données jurisprudentielles à vocation exhaustive et les outils de justice prédictive développe, au renfort de son argumentaire de rejet, un argument très particulier : celui selon lequel ces outils contribueraient à une « factualisation » du droit. À l'étude, cependant, le « droit » qui serait factualisé est bien moins le droit *qu'il s'applique* et bien plus le droit *tel qu'il est pensé*. Cette « factualisation » de la compréhension du droit est alors un argument à rebours par lequel le discours doctrinal s'inquiète bien plus pour lui-même que pour son droit et cherche à se prémunir des effets potentiels que ces outils pourraient avoir sur son office, sa production, sa structuration et sa raison d'être. Cet axe discursif apparaît donc à l'analyse comme un démarche d'auto-défense d'un discours doctrinal face à une menace *perçue*, à défaut d'être, à ce stade, *démontrée*.

Mots-clés : Doctrine – justice prédictive – *open data* – factualisation

Abstract *: The French academic discourse on comprehensive, court decisions databases and legal analytics develops a very specific argument against these tools : they may "factualize" French law. Deeper consideration of this argument, however, reveals that that "factualized law" is the law as it is* thought *rather than the law as it is* applied. *This "factualization" of the comprehension of law is thus a reversed argument through which French academic discourse worries for itself rather than for the law and tries to guard against its potential effect on its function, production, structuration and purpose. This line of discourse then appears as a self-defense process against a* perceived*, though not* demonstrated*, threat.*

Keywords *: Academic discourse – legal analytics – open data – factualization*

1. Certains objets juridiques fascinent parce qu'ils sont nouveaux, d'autres parce qu'ils sont anciens et ne cessent d'être réinventés. Notre objet, la justice algorithmique réunit ces deux caractéristiques pourtant contradictoires. Nouveau, il l'est puisqu'il englobe des outils qui n'existaient pas il y a encore dix ans. Ainsi, justice prédictive et base de données jurisprudentielles à vocation exhaustive ne font parler d'eux que depuis que la promulgation de la Loi pour une République Numérique du 7 octobre 2016 leur a octroyé une certaine consistance en droit français. Cette nouveauté constitue donc la première justification de la concentration doctrinale que l'on peut observer depuis 2017 autour de ces outils et qui constituera le socle de la présente étude[1].

2. Né en 2017, ce discours s'est maintenu jusqu'à aujourd'hui et s'incarne aujourd'hui dans 431 contributions écrites pouvant être classées en trois catégories : les contributions émanant du discours doctrinal académique (57 % du discours), celles émanant du discours praticien (39 %) et une troisième catégorie de contributions rédigées par les acteurs de la *Legaltech* (4 %). À la lecture de ce discours et en particulier de ses deux premiers sous-ensembles, une de ses caractéristiques saute aux yeux : son homogénéité tant de forme[2] que de fond. Elle est particulièrement visible lorsque l'on s'attache à ceux des arguments le plus fréquemment mobilisés au sein du discours. C'est ainsi le cas de l'argument reposant sur un apport en connaissance du droit est mobilisé à hauteur de 69 % du discours académique (DA) et 65 % du discours praticien (DP) ; de même pour l'argument très particulier lié à un effet « performatif » que ces outils auraient sur un juge qui les utiliserait (et ayant pour conséquence la remise en cause de son impartialité), mobilisé à hauteur de 71 % du DA et 59 % du DP. Cette mobilisation massive d'arguments somme toute très *classiques* laisse apparaître le second aspect, intemporel, de ce discours. En dehors des problématiques techniques spécifiques aux outils visés, leur traitement s'articule ainsi sur des fondations assez habituelles : les composantes de la sécurité juridique et le nécessaire respect des règles du procès équitable.

3. L'ambivalence propre à un traitement *classique* d'objets juridiques *nouveaux* se poursuit lorsque l'on se penche sur celui des arguments qui apparaît le plus théorique : l'effet « factualisant » des outils de justice algorithmique, mobilisé à hauteur de 42 % du DA contre 15 % du DP. Si la mobilisation de cet axe argumentatif peut paraître faible, voire négligeable pour le DP, elle présente une caractéristique spécifique puisque cet effet « factualisant » est relevé majo-

---

1 Cette étude constitue un substrat du travail d'analyse plus globale de ce discours mené dans le cadre de nos travaux de recherche doctorale. Elle est donc construite sur le même corpus d'écrit (fixé à la date du 1er juin 2022) et sur la même méthodologie semi-quantitative menée à partir d'une récolte et compilation de données issues de ce corpus. Dans le cadre de cet article, le choix a été fait de ne citer qu'une contribution à titre d'exemple pour ne pas en alourdir les notes ; il ne faut pas en déduire que ces contributions sont seules à évoquer l'idée pour lesquelles elles sont citées.

2 Il est constitué essentiellement de contributions écrites courtes, c'est-à-dire d'articles de revue, de chapitres d'ouvrages collectifs, d'actes de colloque et autres billets de blog.

ritairement par le discours académique. Ainsi, sur les 127 contributions qui le mobilisent, 102 sont issues du DA contre 25 du DP, soit un rapport de 8 pour 2. Cet écart de mobilisation dépasse très largement le seuil de signifiance statistique, puisque pour cet argument, $p < 0{,}01$. La question de l'effet « factualisant » des outils de justice algorithmique constitue le cœur de contributions qui émanent toutes du DA et qui ont « inventé » cet argument[3] et, même si le DA n'est pas le seul sous-discours à le mobiliser, la manière dont le DP s'en saisit renforce la nature profondément *académique* de cet argument. Sur les vingt-cinq contributions qui évoquent cet effet, huit d'entre elles l'évoquent en lien direct avec les articles qui ont « créé » cet argument[4] et quatre autres le font en lien avec la notion approchante de « norme issue du nombre » développée par É. Buat-Ménard et P. Giambiasi[5], de sorte que seules onze contributions exploitent de manière autonome cet effet « factualisant » des outils de justice algorithmique au sein du DP. En d'autres termes, non seulement cet argument est d'origine et de *nature* académique, mais il le demeure lorsqu'il est mobilisé par le discours praticien.

4. Cet effet « factualisant » n'est, par ailleurs, explicité et théorisé que par le discours académique[6]. Son sens minimal se passe d'explication : le « droit » deviendrait « factuel » – encore faut-il s'accorder sur ce que l'on entend par *droit*, par *factuel* et par le procédé qui conduit de l'un à l'autre. Or, le discours ne s'accorde sur aucune des parties de cette affirmation. Ainsi, le « droit » qui se factualiserait est

---

3 C'est le cas de E. Jeuland, « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *RPPI*, 2017, p. 15-18 et H. Croze, « Justice prédictive. La factualisation du droit. », *JCP*, 2017, p. 174-175.

4 Cinq en référence à l'article précité d'H. Croze (A. Basdevant, A. Jean et V. Storchan, « Mécanisme d'une justice algorithmisée », *Rapport pour la Fondation Jean Jaurès*, 2021, p. 4, C. Byk, « La réformation numérique de la justice : conflit ou dialogue de normativités ? », *RRJ*, n° 2, 2020, 682, p. 698, G. Sainati, « Intelligence artificielle judiciaire, la tentation disciplinaire », Blog Mediapart, 10 mars 2019, <https://blogs.mediapart.fr/gillessainati/blog/190319/intelligence-artificielle-judiciaire-la-tentation-disciplinaire> et dans V. Vigneau., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.*, 2018, 1095, p. 1101 et « Faut-il encore des juges ? », *RJ com.*, n° 1, 2019, 1, p. 13) et trois en référence à l'article programmatique d'A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *La Semaine Juridique*, n° 12, 2017, p. 4751 (sa propre postface de l'ouvrage A. van den Branden, *Les robots à l'assaut de la justice*, Bruylant, 2019, X. Leonetti, *Smartsécurité et cyberjustice*, PUF, 2021, p. 126 et E. Poinas, *Le tribunal des algorithmes*, Berger Levrault, 2019, p. 111).

5 É. Buat-Ménard et P. Giambiasi, « La mémoire numérique des décisions judiciaires », *D.*, 2017, 1483, p. 1487. L'expression « norme issue du nombre » se retrouve dans Y. Meneceur, « Intelligence artificielle et justice : le grand malentendu », Institut Sapiens, 13 octobre 2020, <https://www.institutsapiens.fr/intelligence-artificielle-et-justice-le-grand-malentendu/> et « Justice et intelligence artificielle : la confiance naîtra d'une réglementation internationale », *Dalloz IP/IT*, 2021, 247, p. 249, G. Canivet, « Les facteurs de transformation du droit », *Enjeux Numériques*, n° 3, 2018, 38, p. 42 et O. Tcherkessoff, « Justice prédictive. La justice sans les hommes ? Le point de vue du magistrat », in Y. Flour et P.-L. Boyer (dir.), *Transhumanisme : questions éthiques et enjeux juridiques*, Académie catholique de France, 2020, 153, p. 158.

6 À l'exception notable des articles d'A. Garapon (*op. cit.*) et d'É. Buat-Ménard et P. Giambiasi (*op. cit.*). Il n'est cependant pas anodin que le premier soit l'instigateur de l'ensemble du discours et que les seconds soient magistrats au sein de la Cour de cassation.

parfois le droit au sens strict. Ici, les normes juridiques demeurent mais que leur nature change puisque « l'algorithme juridique provoque une transformation de fond, jusque dans la fonction du jugement de la production du droit »[7] et notamment en « pass[ant] de la causalité normative à la corrélation pratique »[8], et là ce sont de nouvelles normes « issues du nombre »[9] qui seraient créées au bénéfice d'une « nouvelle légalité numérique »[10]. Dans les deux cas, ce sont autant les normes elles-mêmes qui sont remises en cause que la manière de *concevoir* ces normes. Plus souvent, ce n'est pas tant le droit comme norme que le droit comme *raisonnement* qui est affecté : « cette factualisation modifie le raisonnement juridique »[11] voire « l'altère »[12] en « privilégiant l'analyse des faits dans la réflexion »[13], que ce raisonnement soit celui du juge[14], de l'avocat[15] ou du juriste en général[16]. Cette *dégradation* du raisonnement juridique reposerait alors sur deux éléments, tous les deux relatifs au « matériau » de base des outils : l'*open data* judiciaire.

5. Cet *open data* vise, à termes, à atteindre une exhaustivité dans la publication des décisions de justice. Il n'est alors pas anodin que d'un point de vue strictement quantitatif cet *open data* marque le début d'une véritable diffusion des décisions et arrêts de première instance et d'appel. C'est là le premier vice « factualisant » des outils de justice algorithmique qui sont construits sur cet *open data* : alors que, jusqu'à présent, la publication des décisions reposait sur un critère « d'intérêt juridique »[17], l'arrivée massive de décisions du fond inquiète

---

7 V. Lemaire, *Le droit public numérique à travers ses concepts émergence et transformation d'une terminologie juridique*, thèse dactylographiée, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2019, p. 298.

8 B. Barraud, « Le coup de data permanent : la loi des algorithmes », *RDLF*, 2017, chron. n° 35.

9 É. Buat-Ménard et P. Giambiasi, *op. cit.*, p. 1487.

10 Y. Meneceur, *L'intelligence artificielle en procès. Plaidoyer pour une réglementation internationale et européenne*, Bruylant, 2020, p. 111 citant la postface précitée d'A. Garapon.

11 L. Huttner, « Données à caractère personnel – Décision automatisée et justice », *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, 2020, § 10.

12 G. Canivet, « Les facteurs de transformation du droit », *op. cit.*, p. 41.

13 S. Torricelli-Chrifi, « Nouvelles technologies, nouvelle ère : vers une désintermédiation du droit ? », in H. Simonian-Gineste et S. Torricelli-Chrifi (dir.), *Les professions (dé)réglementées. Bilan et perspectives juridiques*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, 299, p. 299-300.

14 Par exemple, G. Sainati, *op. cit.* ou C.-A. Vaz-Fernandez, *Big data et intelligence artificielle au service de la sécurité intérieure en France*, L'Harmattan, 2020, p. 80.

15 Dans, par exemple, F. Guéranger, « Réflexions sur la justice prédictive », *Gaz. Pal.*, n° 13, 2018, 15, p. 16 ou J. Lassègue et A. Garapon, « Mythe de la délégation aux machines », in A. Strowel et C. Lazaro (dir.), *Des véhicules autonomes à l'intelligence artificielle. Droit, politique et éthique*, Larcier, 2020, 207, p. 214.

16 Dans, par exemple, V. Vigneau, « Faut-il encore des juges ? », *op. cit.*, p. 13 ou A. Garapon, *op. cit.*, p. 31.

17 Voir not. un arrêté du 11 avril 2005 organisant le service de documentation et d'études de la Cour de cassation précisant qu'il entretient une base de données intégrant les décisions et arrêts du fond lorsqu'ils présentent un « intérêt particulier » (art. 2).

parce qu'elle est susceptible de *noyer*[18] la production juridictionnelle qui présentait jusqu'ici cet intérêt juridique, c'est-à-dire celle des juridictions suprêmes… Ou la jurisprudence au sens traditionnel, qualitatif du terme[19]. On souligne alors que les outils ne sont pas programmés pour prendre en compte le fait qu'« une décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'État n'a pas la même importance qu'un jugement ou qu'un arrêt d'appel »[20] et qu'à ce titre, ils contribuent à remettre en cause « la hiérarchie des précédents juridictionnels »[21]. La perplexité confine à l'inquiétude de voir une « masse brute et informe »[22] transformer ce qui était jusqu'à aujourd'hui qualifié de jurisprudence — en particulier lorsqu'est admise la part bien plus importante de données de fait incluses dans cette *masse*.

6. C'est là le second facteur de « factualisation » des outils de justice algorithmique : s'ils sont certes programmés pour être explorées à partir de données juridiques, ils sont surtout conçus pour l'être à partir des données factuelles des litiges. Ce sont en effet ces données qui permettent aux bases de données de fournir à l'utilisateur les décisions les plus proches de son espèce, et c'est aussi grâce à elles que les outils de justice prédictive proposent des analyses statistiques et probabilistes ; ainsi, dans le cadre d'un accident de circulation, les critères factuels de recherche seraient l'âge d'une victime, son genre, sa situation professionnelle ou le taux d'ITT appliqué à ses blessures. C'est là que se situe le second des éléments qui génèrent cet effet « factualisant » des outils de justice algorithmique. Si les données de droit demeurent des données pertinentes de recherche et d'analyse, elles ne sont finalement nécessaires *que* pour restreindre le nombre de décision au sein desquelles sont ensuite recherchées ou synthétisées les données de fait. Toutes les données remplissent donc la même double fonction : permettre une recherche aussi précise que possible dans un ensemble de décisions puis affiner l'analyse automatisée de ce corpus des décisions jugées pertinentes. En leur faisant remplir la même fonction, les outils de justice algorithmique « aplaniraient » les différences de nature entre données de fait et éléments de droit : « produisant des statistiques quant aux solutions

---

[18] L'expression est, par exemple, mobilisée dans O. Renaudie, « La jurisprudence administrative à l'ère du big et de l'*open data* », in AFDA (dir.), *Le droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, 2019, 67, p. 79.

[19] Cette transformation de la nature de la jurisprudence est au cœur du second rapport Cadiet (voir L. Cadiet, C. Chainais et J.-M. Sommer, « La diffusion des données juridictionnelles et de la jurisprudence. Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ? », Rapport à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation, 2022), et est par ailleurs rappelée, par exemple, dans E. Jond-Necand, « L'*open data* des décisions de justice par la Cour de cassation et ses incidences », in B. Bévière-Boyer et D. Dible (dir.), *Numérique*, droit et société Dalloz, 2022, 261, p. 269-270.

[20] V. Orif, « Voyage du juge depuis Hypérion : entre une intelligence artificielle conseillère et conquérante », in G. Julia (dir.), *Sciences et Sens de l'Intelligence Artificielle*, Dalloz, 2020, 131, p. 141.

[21] G. Canivet, « Les facteurs de transformation du droit », *op. cit.*, p. 42 et, dans le même sens, É. Buat-Ménard et P. Giambiasi, *op. cit.*, p. 1487.

[22] L. Cadiet, « Les promesses d'une justice dite prédictive reposant sur des décisions de justice déjà rendues sont à tempérer [...] En quelque sorte, c'est le rétrospectif qui fait le prédictif ! », *RPPI*, n° 1, 2018, 13, p. 17.

retenues face à des éléments juridiques et factuels donnés, elles ne séparent pas les uns des autres et les abordent tous tels des faits. »[23] Ce nivellement implique alors de mettre « sur le même plan » tous les éléments d'une décision « à partir du moment où ils déterminent la décision »[24] : « la règle de droit, la jurisprudence, le contexte, la personnalité du juge, le temps qu'il fait, l'heure de passage et les millions de décisions des banques de données. »[25] Or, horizontaliser les rapports entre fait et droit, c'est déjà *inverser* ces rapports[26] : c'est déséquilibrer[27], mélanger la *majeure* et la *mineure* du syllogisme[28]. C'est aussi induire un changement profond de raisonnement des acteurs de la justice qui utiliseraient ces outils, en les incitant à adopter une logique purement factuelle de vérification de la correspondance des données de fait entre son espèce et celles révélées par l'outil, en particulier pour le juge[29]. Son traditionnel raisonnement syllogistique déductif serait renversé, voire remplacé, par une « normativité technique et algorithmique »[30] imprégnée de faits et d'une jurisprudence mal connue — constat qui évite, cela dit, de s'interroger sur la pertinence réelle de la présentation de la prise décision judiciaire *au fond* par le biais de la figure du syllogisme quand, dans le même temps, on affirme que les jugements effectivement produits à ce niveau sont de nature essentiellement factuelle.

7. Les outils de justice algorithmique auraient donc un double effet « factualisant » sur le *droit* qui contribuerait à en dégrader la nature pleinement juridique, soit en le dégradant par l'intérieur, soit en en dégradant sa place dans les raisonnements menés par les acteurs de la justice. Arrêtons-nous un instant sur ce constat. D'une part, on peut raisonnablement douter que ces outils, une fois déployés, seront en mesure de remettre en cause la nature juridique *du droit dans son ensemble*. D'autre part, que l'on parle de jurisprudence ou de raisonnement juridique, il faut garder à l'esprit qu'il s'agit dans tous les cas de *constructions*, particulièrement dans l'optique dans laquelle elles sont ici mobilisées. La notion de

---

23 B. Barraud, « Les intelligences artificielles du droit », in B. Barraud (dir.), *L'intelligence artificielle dans toutes ses dimensions*, L'Harmattan, 2020, 195, p. 201.

24 A. Garapon, *op. cit.*, p. 31 ou A. Rouyère, « Éléments de conclusion », in AFDA (dir.), *Le droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, 2019, 225, p. 232.

25 E. Jeuland, « Intelligence artificielle et justice : une approche interhumaniste », in A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019, 187, p. 196.

26 A. Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », *Dalloz IP/IT*, 2020, 672, p. 680.

27 A. Rocher, « Considérations d'épistémologie juridique sur les legaltechs », *RTD com.*, 2022, 13, p. 23.

28 Ce qui rend paradoxal l'argument avancé dans certaines contributions que le raisonnement judiciaire ne pourrait de toute façon pas être modélisé sous forme de syllogisme (voir V. Vigneau, « Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive », *op. cit.* et « Faudra-t-il encore des juges ? », *op. cit.*) ; à partir du moment où l'on admet que l'approche des outils est horizontalisante, nivelante, « factualisante », on admet aussi qu'il ne s'agit pas de reproduire ou de modéliser un syllogisme.

29 Tel que souligné, par exemple, dans L. Scillato de Ribalsky, *L'avocat face à la justice du XXIe siècle*, thèse dactylographiée, Université Aix-Marseille, 2020, p. 319.

30 J.-B. Racine, « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », *D.*, 2018, 1700, p. 1705.

jurisprudence n'épuise pas la description de la production juridictionnelle, tout comme le raisonnement syllogistique ne correspond, de manière *très* simplifiée, qu'au raisonnement de *certains* juges — les juges suprêmes. En d'autres termes, ces notions mobilisées comme autant de boucliers ou de victimes aux outils de justice algorithmique gravitent dans un espace négatif, fait de tout ce que *ne sont pas* ces notions. Or, comment évaluer le degré de factualisation du raisonnement juridique des magistrats qui utiliseraient ces outils sans déterminer préalablement *quels magistrats* ont vocation à utiliser ces outils et sans déterminer précisément la nature du raisonnement qu'ils mènent *déjà*? Et si la notion de jurisprudence n'a pas vocation à recevoir d'autres décisions que celles des juridictions suprêmes, pourquoi la considérer « factualisée » par la diffusion d'une production des juridictions du fond… Qui a toujours existé?

8. En d'autres termes, ces notions, ces *construits*, ne sont pas directement affectés par cet effet « factualisant » des outils de justice algorithmique. Cela ne signifie cependant pas qu'il n'y ait pas *quelque chose* qui le soit; après tout, ces construits n'existent pas dans un vide conceptuel et culturel. Ils ne sont finalement que les sécrétions les plus identifiables d'un ensemble plus disparate et diffus d'idées, de notions et de préconceptions sur le droit qui créent, à elles-toutes, une *certaine compréhension* du phénomène juridique qui informe la réception du nouvel objet que constitue la justice algorithmique. Cette piste résonne de fait avec la sous-mobilisation de cet argument lié à l'effet « factualisant » des outils par le DP; cette compréhension du phénomène juridique mise en tension par les outils n'est pas nécessairement la leur. La dépendance statistique entre la mobilisation de cet argument et l'appartenance d'une contribution au discours académique rejoint ainsi la logique même de l'argument: c'est bien la manière dont le discours doctrinal académique comprend *le droit, ses raisonnements et ses notions* qui se trouve factualisée et c'est cette piste que nous entendons explorer au travers de ce papier. La factualisation dénoncée par ces auteurs est en effet une double remise en cause d'une manière tout *académique* et toute *française* non seulement de concevoir le phénomène juridique, mais encore de se positionner par rapport à lui. Ainsi, s'il défend avec autant de force cette idée d'une jurisprudence sélective et qualitative, c'est parce que c'est autour d'elle que le discours doctrinal français s'est historiquement construit. De même, si l'idée d'un raisonnement juridique syllogistique assurant une séparation étanche entre le fait et le droit est avancée à la fois comme une victime du déploiement des outils de justice algorithmique, c'est parce que c'est celle sur elle que le discours doctrinal est parvenu à déployer son magistère. Ces deux éléments inextricablement liés l'un à l'autre constituent deux des piliers de la tradition, de l'*univers* doctrinal français. Ce qui semble donc se jouer est véritablement un mouvement défensif d'un discours doctrinal dont l'univers culturel lui apparaît remis en cause par ces outils de justice algorithmique. En cela, peu importe qu'ils soient en mesure ou non d'effectivement saper ces

piliers et détruire le temple doctrinal ; ils ne sont que le révélateur de tensions qui leur préexistent et leur survivront probablement.

9. Afin d'éclairer notre analyse de l'argument tiré d'un effet « factualisant » des outils de justice algorithmique tel qu'il est mobilisé par ce discours[31], nous prendrons d'abord le temps d'un petit détour historique qui nous permettra de cerner cet *univers doctrinal* que ces outils dégraderaient (I). Héritier tant des acquis révolutionnaires que de sa propre formalisation au tournant des XIX^e^ et XX^e^ siècles, cet univers doctrinal se trouve aujourd'hui confronté à la proposition des outils de justice algorithme de se repenser (II) vis-à-vis d'une (re)découverte contrainte des « espaces négatifs » qui l'entourent.

I. Une culture doctrinale aux fondations centenaires

10. Nul besoin de rappeler l'importance quantitative et qualitative des débats relatifs au statut de la jurisprudence en France. Nul besoin non plus de rappeler d'où vient cet éternel débat, puisque là encore invoquer la centenaire défiance à l'égard du juge relève du passage obligé. Montesquieu, les Parlements de l'ancien régime, la Révolution et ses révolutionnaires qui souhaitaient voir disparaître le *mot même* de jurisprudence sont tous les ingrédients du malaise persistant et indépassable vis-à-vis du produit de l'activité juridictionnelle. Les conséquences sont connues, et l'on se limitera à en citer deux qui sont en fait les deux faces d'une même pièce : une conception restrictive de l'office et de la place du juge (A) et profondément légaliste du phénomène juridique (B).

A. La jurisprudence, l'éternelle pierre d'achoppement du discours doctrinal

11. Mentionner la négation de tout pouvoir créateur au juge implique, presque immédiatement, d'admettre que ce *mythe fondateur* est battu en brèche depuis plus d'un siècle de part et d'autre de la *summa divisio* droit privé/droit public. On pourrait même s'interroger sur la pertinence de ce mythe en droit administratif, quand le Conseil d'État a toujours fait œuvre créatrice pour « combler » les espaces béants qui ont longtemps existé entre les textes multiples, divers dans leurs origines et peu harmonieux dans leur contenu qui trouvaient à s'appliquer

[31] Il ne sera pas ici question d'attribuer à des auteurs des propos qu'ils n'ont pas tenus ou des idées qu'ils n'entretiendraient pas, mais de se baser sur ce que ces auteurs ont écrits à propos des outils algorithmiques pour rechercher les tenants et les aboutissants d'un *discours*. Chaque auteur, l'autrice de ces lignes comprise, a été formé par des maîtres français à des méthodes et des cadres de pensée français et est à ce titre porteur, quel qu'en soit son degré de conscience, de certains présupposés et automatismes. Ces présupposés et automatismes constituent ce que l'on appelle communément *la culture juridique*, ici la culture juridique spécifique d'un groupe donné (les universitaires français, privatistes pour la plupart). Ce sont donc des éléments de cette culture tels qu'ils transparaissent du discours que nous étudierons.

dans le domaine administratif au XIXe siècle[32]. Il n'est cependant pas anodin que la *spécificité* du droit administratif soit fréquemment et tout entière ramenée à cette audace originelle : « qui donc a fait et encore le droit administratif ? »[33], « la jurisprudence du Conseil d'État »[34].

12. C'est néanmoins plutôt du côté du discours privatiste que les affirmations de subordination totale du juge à la loi, et particulièrement au Code civil, ont connu une vraie postérité. Ainsi, sans jamais remettre en cause ni l'autorité de la loi ni celle du Code, des espaces de libertés ont progressivement été conceptualisés pour que le juge puisse adapter des dispositions jugées de moins en moins adaptées aux évolutions de la société post-industrielle – encore qu'il faille s'entendre sur la portée de cette reconceptualisation de l'office du juge. Quand bien même il a pu s'agir, pour ses auteurs, d'*autoriser* le juge à s'engager dans une pratique *nouvelle*, il faut admettre que la démarche tient plus de la *rationalisation* doctrinale d'une pratique *déjà* à l'œuvre. La justification est double : d'une part, s'assurer que ce juge libéré ne va pas pour autant statuer « au gré de sa fantaisie, et, pour ainsi dire, à son caprice » en posant les « lisières » susceptibles de borner cette liberté nouvelle[35] ; d'autre part, *profiter* de cette liberté nouvelle pour repenser l'office même du discours doctrinal. Parce qu'il est perçu comme l'acteur au contact le plus direct des besoins de la société et parce que ses décisions nouvellement *libérées* apparaissent comme le tremplin d'une nouvelle appréhension du phénomène juridique, c'est vers lui que se tourne toute une doctrine emmenée par R. Saleilles puis F. Gény. C'est notoirement ce dernier qui théorise cette forme de liberté « interstitielle » au juge, toutes les fois où la loi apparaît « obscure, que son auteur n'a[urait] pas imaginé la situation de fait qui doit être réglée », liberté qui disparaît à l'instant où la loi est « claire et précise »[36]. Autre bénéfice de taille, le droit qu'il applique est considéré « vivant », dépoussiéré et empreint d'une conscience des enjeux sociaux, économiques et moraux de l'époque. Il est une fenêtre sur le « réel »[37] précieuse pour des auteurs qui voient l'arrivée des nouvelles sciences sociales avec un mélange d'intérêt et d'appréhension. L'étude doctrinale s'est donc, à mesure qu'elle se désintéressait

---

32 Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 114.

33 B. Pacteau, « La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif… », in M. Hecquard-Théron (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?* Actes du colloque des 28 & 29 octobre 2004, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, 83, p. 87.

34 G. Jèze, « Collaboration du Conseil d'État et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Le Conseil d'État : livre jubilaire, publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 Nivôse an VIII — 24 décembre 1949*, Sirey, 1952, 347, p. 347.

35 F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, 2e éd. (1919), LGDJ, 2016, p. 151.

36 Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, p. 12

37 P.-N. Barénot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 2014, p. 424.

du commentaire du Code, « décalée »[38] vers la jurisprudence la plus accessible à l'époque : celle des juridictions suprêmes[39].

13. Cette limitation de l'analyse de la jurisprudence à la seule production des juridictions suprêmes impose de nuancer cette évolution progressive de la place du juge dans l'ordre normatif. Le statut de la jurisprudence n'a, en tant que tel, pas évolué. D'un point de vue strictement juridique, la question n'est pas difficile à résoudre : si la question posée est celle de l'*habilitation* du juge à émettre des *normes générales* que l'on qualifierait de jurisprudence, alors il s'agit d'une « irrégularité juridique »[40] et rien de plus. Ce n'est que lorsque la question posée est celle de la « réalité des faits »[41], celle qui justifie l'intérêt doctrinal pour le phénomène jurisprudentiel, que les tentatives se multiplient pour tenter de donner un statut à cette jurisprudence — et de ce point de vue, là encore, rien n'a changé. Ce qui prévaut, c'est une sorte de discours officiel d'acceptation tacite de l'importance de la jurisprudence qui continue de présenter le pouvoir créateur du juge comme seulement interstitiel[42] et la jurisprudence comme « source secondaire » ou autorité. À cette acceptation tacite correspond une conception doctrinale au minimum ambiguë[43] et paradoxale[44] et au maximum schizophrénique[45] de la jurisprudence, objet de son étude par excellence mais dont la nature exacte fait détourner le regard. Rien de surprenant donc à ce que le premier des vices des outils de justice algorithmique soit celui de faire la part belle à ce *droit des juges*, quitte à remettre en cause en cause un siècle d'atermoiements sur la nature de la jurisprudence et, au passage, à reléguer bien derrière lui *la* source du droit : la loi.

B. La loi, un standard de compréhension du phénomène juridique

14. La toute-puissance de la loi n'a pas subi un tel changement ; elle a juste changé de forme. Au-delà de son passage d'un sens strict à un sens large, synonyme de droit écrit et formalisé, l'omniprésence de la loi est toujours perceptible

---

38 Le plaidoyer le plus direct étant celui d'A. Esmein dans « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.*, 1902, 5, p. 11.

39 En tout cas à partir de ce « moment » de décalage – le désintérêt pour la production des juridictions du fond et particulièrement celle des juridictions d'appel n'était pas aussi marqué avant lui, notamment chez les praticiens. Voir à cet égard P.-N. Barénot, *op. cit.*, p. 74 et suiv.

40 F. Tap, *Recherche sur le précédent juridictionnel en France*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, 2019, p. 342.

41 *Ibid.*

42 Notamment dans les manuels d'introduction au droit, voir par exemple R. Cabrillac, *Introduction générale du droit*, 10e éd., Dalloz, 2013, p. 133-147.

43 K. Bell, *French Legal Cultures*, CUP, 2008, p. 66, d'autant plus lors que l'on compare les approches civilistes et administrativistes, et encore plus si l'on considère le réel poids de la jurisprudence des cours suprêmes.

44 G. Scalfi et E. Romagnoli, « Rapport Général », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges (journées italiennes)*, Economica, vol. 31, 1980, 15, p. 15.

45 Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 138.

dans l'omniprésence de ses canons au sein même du travail doctrinal. Parce que la loi se caractérise par sa généralité, son abstraction et son impersonnalité, caractéristiques auxquelles s'est ajouté un certain idéal de cohérence et de rationalité issu de la codification napoléonienne, elle a imprimé chez les juristes qui ont connu l'époque de son apogée une conception du droit tout entière marquée par ces caractéristiques. À cet égard, si les auteurs de la fin du XIX[e] et début du XX[e] siècle ont créé de toutes pièces une École de l'Exégèse qui les aurait précédés pour mieux la rejeter pour son abstraction excessive[46], ils n'en sont pas moins les héritiers dans la mesure où ils ont été formés par ces Exégètes aux méthodes qu'eux-mêmes employaient pour décortiquer des textes dont la caractéristique principale était la généralité et l'abstraction. Lorsque l'étude doctrinale s'est déportée vers l'étude de la jurisprudence, les auteurs ont emporté avec eux ces méthodes et les ont appliquées à leur nouvel objet[47], synthétisant ainsi, à partir des acquis à peine dissimulés de leurs prédécesseurs, la *dogmatique juridique*.

15. Cette dogmatique juridique est alors autant un ensemble de méthodes qu'un projet à part entière. Côté pile, ce projet porté par la dogmatique juridique est à double tranchant. S'il assure aux auteurs de l'époque une maîtrise renouvelée de la *petite portion* du phénomène juridique qu'ils embrassent et s'il emporte *globalement* le discours doctrinal de droit privé, ce n'est ni sans opposition, ni sans victime. Pas sans opposition puisque des méthodes alternatives sont proposées en parallèle de l'affirmation progressive de cet effort de systématisation et de *légification* de la jurisprudence redécouverte… Ni sans victimes puisque ces oppositions n'ont guère conduit qu'à la marginalisation de leurs auteurs[48]. Plus encore, ce projet dogmatique a aussi conduit à une satellisation définitive du « tiers praticien » puisque, côté face, il repose sur des « procédures de simplification, de

---

[46] Voir, à cet égard, l'entreprise de réhabilitation mené notamment par Ph. Rémy, « Éloge de l'exégèse », *Droits*, n° 1, 1985, p. 113-123. Voir aussi, sur le contexte plus général de la construction de ce mythe de l'exégèse, P.-N. Barénot et N. Hakim, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini*, n° 41, 2012, p. 251-297 et, sur la pratique réelle des auteurs qui ont été ramenés à cette « école », Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 72 et suiv.

[47] Ce qu'a particulièrement démontré É. Serverin, notamment dans ses travaux de thèse (*De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Presses Universitaires de Lyon, 1985, p. 116 et suiv.).

[48] On pense ici plus spécifiquement à R. Demogue qui, à rebours des efforts systématisants de ses contemporains, revendique dans ses Notions fondamentales du droit privé de faire « rentrer dans le droit une certaine imprécision » et admet que la simplicité, si chère à ses contemporains, « n'est pas la loi du monde extérieur » (1re éd. [1911], *La Mémoire du Droit*, 2001, p. 12 et 14). Ce choix à contre-courant de la démarche de ses contemporains lui vaut de voir son travail qualifié de « système de désintégration, de dissolution à outrance » par F. Gény (F. Gény, « R. Demogue. Les Notions fondamentales du droit privé. Essai critique, compte rendu », *NRHD*, 1911, 110, p. 122-123)… Et marginalisé. Voir, à son sujet, D. Kennedy et M.-C. Belleau, « La place de René Démogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *RIEJ*, vol. 5, n° 1, p. 163-211 ou P.-N. Barénot et N. Hakim, *op. cit.*, p. 289 et suiv.

systématisation et de mise en cohérence » des données juridiques[49], jurisprudence comprise, permettant au discours d'en « dégager un enseignement qui, sans [lui], serait difficilement perceptible »[50] et de défendre les « principes essentiels du système juridique »[51]… Et qui mieux que les auteurs *académiques* pour avoir la hauteur de vue nécessaire pour « appréhender le système juridique dans son ensemble »[52] ? Qui mieux que « les représentants de la doctrine, les théoriciens du droit, les juristes d'école »[53] pour maîtriser ces méthodes dont le but finalement est d'aligner la jurisprudence sur les mêmes standards de généralité, d'abstraction et d'esthétique que la loi ? Chassez la loi toute-puissante, elle revient au galop… Vers le seul discours doctrinal *académique*.

16. Là apparaît alors la seconde raison pour laquelle l'étude doctrinale se concentre sur la jurisprudence des cours suprêmes. En réalité, en faisant ce choix, la doctrine du début du XX^e^ siècle a simplifié son office. Dès lors que ce dernier consiste à tirer des décisions individuelles des enseignements généraux à intégrer à l'ordonnancement juridique, lui-même créé à partir d'arrêts plus anciens, tout ce qui n'est pas pleinement juridique devait être écarté. Au-delà, donc, d'une difficulté d'accès parfaitement remédiable[54], la sélection de la jurisprudence pour son « intérêt juridique » n'avait aucune raison de cesser. D'une part parce qu'il n'y a jamais plus de droit dans une décision de justice que lorsque celle-ci est rendue par une juridiction *de droit*, et d'autre part parce que le censeur de cet « intérêt juridique » qui justifie non seulement la publication, mais aussi le traitement doctrinal de l'arrêt n'est autre que… Le discours doctrinal lui-même. La jurisprudence a été déterrée par un discours doctrinal qui depuis lors s'évertue à lui faire revêtir les mêmes habits de noblesse que la loi qu'elle a vocation à suppléer et à justifier ainsi sa propre existence. La jurisprudence a donc certes permis le développement du discours doctrinal, mais *in fine*, c'est aussi lui qui lui permet d'exister au sein de l'univers normatif.

17. Là se loge donc le second vice des outils de justice algorithmique : celui de ne pas permettre une telle démarche de « légification » des décisions auxquelles ils permettent d'accéder et de produire *eux-mêmes* une « analyse » de

---

49 V. Crombez, *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, thèse dactylographiée, Université Jean Moulin Lyon III, 1995, p. 70.

50 F. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 251.

51 La définition se complète ainsi : la dogmatique serait « cet esprit de méthode et de généralisation, cet ordre et cet arrangement systématique, qui contribuent à la science et qui en rendent l'initiation plus puissante et efficace », Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, vol. 1, 2^e^ éd., Librairie générale, 1860, p. V-VII. Le fait que ce soit un auteur de l'ancienne garde qui apporte une définition de la dogmatique souligne à quel point les méthodes ont peu évolué avec l'intégration de la jurisprudence parmi les portions du droit analysées.

52 N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e^ siècle*, *op. cit.*, p. 166

53 R. Saleilles, « Droit civil et droit comparé », *op. cit.*, p. 22.

54 Un tel accès a été assuré, aux États-Unis dès les années 1970 par les recueils d'arrêts publiés notamment par la West Publishing Company – voir, à ce sujet, I. Kavass, « Law Reporting : Comparisons between Western Europe and Common Law Countries », *IJLL*, vol. 5, n° 1, 1977, p. 104120.

ces décisions qui ne visent pas à élever les apports juridiques des arrêts au niveau de normes générales, prêtes à être elles-mêmes réinterprétées. Qu'il soit question de donner accès à une *jurisprudence* issue des juridictions du fond ou qu'il soit question de produire des informations chiffrées sur cette masse, dans les deux cas, l'objet n'est pas de sécréter une norme générale, pleinement juridique, mais bien de révéler et de mobiliser les éléments factuels nombreux qui se logent dans chaque décision et les conditionnent.

II. Le géant aux pieds d'argile : les fondations doctrinales et l'érosion algorithmique

18. Certes, la justice algorithmique fonctionne à partir de présupposés différents de ceux à partir desquels la doctrine se saisit des questions juridiques. Est-ce cependant une raison suffisante pour justifier la levée de boucliers générale à l'encontre de ces outils ainsi que l'argument tiré d'un effet « factualisant » exercé par ces outils ? Ça l'est, quand on garde à l'esprit que ces présupposés sont une construction et, surtout, un *choix* constamment réaffirmé face à des propositions contraires. Pensons à Ch. Jamin côté privatiste, et à sa démonstration que le choix de la dogmatique s'est fait contre celui d'une approche *réaliste*, et donc empirique et a-formaliste, du droit[55] et pensons à J. Rivero côté publiciste, et à ses « faiseurs de systèmes »[56] qui ont gagné face à l'empirisme jurisprudentiel voulu par un B. Chenot[57]. Or, cette incompatibilité entre cette dogmatique française et un empirisme, quel que soit son nom, conduisant à la recherche des déterminants concrets des décisions, est aujourd'hui réveillée par les outils de justice algorithmique. Ainsi, les outils avancent et postulent l'utilité d'une étude du droit des juges dans leur dimension la moins connue : au travers de la production des juges du fond du fond (A) et au travers de l'analyse ignorant tant le principe même de la dogmatique que sa mise en œuvre par le discours doctrinal (B).

A. Jurisprudence de droit, contentieux de fait

19. Jusqu'à présent, la seule jurisprudence véritablement considérée et traitée par la doctrine est cette jurisprudence issue des juridictions suprêmes, limitée à ce qu'il y a de « plus abstrait, de plus général, ayant valeur pour s'appliquer à d'autre cas »[58]. Il n'y avait cependant rien d'inévitable à ce qu'il faille attendre l'*open data* jurisprudentiel pour que se déploie une prise de conscience de l'intérêt d'analyser

---

55 Ch. Jamin, « Le rendez- vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, n° 51, p. 137-159.

56 J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1951, p. 99-102.

57 B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, p. 7783.

58 V. Fortier, J.-L. Bilon et S. Azzam, *Acquisition et application des connaissances juridiques, modélisation par l'IA*, Éditions Hermes, 1997, p. 24-25.

la production des juridictions du fond ; c'était là tout l'objet des recherches en informatique juridique des années 1960 à 1990[59] ainsi que d'un ensemble de courants à la postérité plus ou moins limitée[60]. Or, comme l'exprime É. Serverin, alors que

> « le développement de la micro-informatique, avec son cortège de bases de données, de logiciels de traitement des données, textuelles ou statistiques, et l'apparition de l'internet, avec l'accès rapide à des sources primaires, [auraient pu commander] de nouvelles méthodes, qui modifieraient à leur tour le visage des productions de recherche […], ces développements n'ont pas fait dévier de leur ligne les méthodes de recherche sur la jurisprudence, solidement ancrées sur une théorie normative du droit et une recherche de la règle interprétée par les cours suprêmes »[61].

La jurisprudence au sens strict n'a pas été supplantée par une jurisprudence au sens large pour la seule raison que la jurisprudence du fond *aurait pu*[62] devenir très aisément accessible avec le développement des premières banques de données. Il est d'ailleurs frappant de constater qu'il ne reste pour ainsi dire rien de l'informatique juridique française dans le discours doctrinal français et, à plus forte raison, dans le discours relatif aux outils de justice algorithmique[63].

20. Les effets de cette absence, cependant, sont assez clairs dans un discours confronté à l'imminence d'un véritable *open data* jurisprudentiel. Les réactions oscillent ainsi entre le scepticisme, interrogatif[64] ou non[65], et le rejet de principe[66], et elles s'expriment pour un grand nombre d'entre elles sur le plan de

---

[59] Pour un retour sur ces recherches, voir C. Bordere, « Que reste-t-il de la première jurimétrie ? », *Jurimétrie*, n° 1, 2022, p. 27-52.

[60] On pense notamment à la sociologie du droit (courant Carbonnier ou Weber) ou au mouvement critique du droit mené par le CERCRID de Saint-Étienne.

[61] É. Serverin, « De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées », *APD*, 2018, 23, p. 47.

[62] Ce qui n'a pas été le cas, en France à tout le moins, pour des raisons qui tiennent à la fois à des choix politiques quant à la structure et à la gestion des bases de données et à des choix méthodologiques de globale désintérêt pour la production des juridictions du fond.

[63] Nous revenons sur les causes probables de cette absence dans C. Bordere, *op. cit.*

[64] Afin de ne pas surcharger les notes suivantes, nous nous contenterons de donner un exemple de chaque type de réaction. Ainsi, on peut voir le discours s'interroger en ces termes : « Mais qu'apportera la diffusion de tous les arrêts de cour d'appel et de tous les jugements de première instance ? […] Le risque est grand d'être noyé sous une masse de décisions », Th. Douville et L. Raschel, « Numérique et diffusion de la diffusion. L'*open data* des décisions de justice », in C. Bléry et L. Raschel (dir.), *Vers une procédure civile 2.0*, Dalloz, 2018, 49, p. 51-52.

[65] « De nombreuses décisions ne présentent strictement aucun intérêt pour la connaissance du droit », L. Cadiet, *op. cit.*, p. 14.

[66] « Rendre plus accessibles des masses de données considérables n'améliorera donc en rien la connaissance des décisions de justice ou de l'état de droit pour les justiciables et usagers « ordinaires » qui n'entendent pas s'investir un minimum dans la prise en charge de leur propre situation », E. Poinas, *op. cit.*, p. 49. On note d'ailleurs que l'auteur est lui-même magistrat.

l'opposition entre le qualitatif et le quantitatif[67]. Pour autant, si parasitage il y a effectivement, c'est précisément pour des raisons qui tiennent à l'inadaptation des méthodes doctrinales à la perspective d'une telle quantité contradictoire d'informations, à la fois dans leur contenu substantiel et dans leur contenu formel.

B. Dogmatique juridique et étude quantitative

21. La dogmatique juridique s'est construite pour contrer, ou masquer, les turbulences du droit afin de maintenir un certain contrôle sur le juge lorsqu'il se prononce sur des questions que la loi ne régirait pas suffisamment précisément[68]. En sécrétant, à partir de la jurisprudence, des principes généraux ensuite intégrés à l'ordre juridique existant, la dogmatique juridique fait du droit un univers parfaitement organisé et hiérarchisé qui résout lui-même les contradictions qui peuvent exister entre les règles qui le composent. Cette forme de poïétique systématisante est rendue d'autant plus facile qu'elle est exercée sur des décisions elles-mêmes peu contingentées par les faits du litige initial, et elle fonctionne bien tant qu'elle ne porte que sur elles… Ce qui n'est pas le cas avec la masse de millions de décisions que les outils de justice algorithmique ont vocation à révéler, d'un point de vue pratique comme d'un point de vue technique puisque faute d'homogénéité de forme ou de contenu. Quant aux contradictions que la doctrine se donne pour mission de dissimuler ou supprimer, elles deviendraient à la fois trop nombreuses et trop profondes pour être saisies et, surtout, résolues à partir de cette seule dogmatique.

22. Il n'est pas ici question de faire dans l'habituelle critique du positivisme juridique en affirmant qu'il s'agit là d'un de ses milliers de défauts, puisque la plupart des auteurs inscrits dans une perspective dogmatique ne *se réclame* pas du positivisme juridique et que leur analyse n'est pas positiviste[69]. Ce n'est pas une certaine *théorie du droit* qui est en crise face aux outils de justice algorithmique mais une *méthode doctrinale* qui trouve dans cette masse, ce « magma jurisprudentiel »[70] ses limites, tout comme celle du début du XX^e^ siècle a pu trouver les siennes face

---

[67] « On ne peut pas non plus mettre sur un même plan la valeur du travail quantitatif d'une legaltech […] et celle qualitative d'un éditeur juridique qui sélectionne les décisions les plus importantes afin de permettre à ses lecteurs d'en prendre connaissance », A. Bolze, « Accès aux décision judiciaires et legaltech », *Dalloz actualité*, 20 février 2019.

[68] C'était en tout cas le sens de la méthode prescrite par F. Gény face à la perspective de voir « la grande latitude octroyée à l'interprète » devenir « une arme puissante aux mains des juges » et, ainsi, présenter « un danger sérieux pour la sécurité des intérêts et l'égalité de justice due à tous » : « dégager, du fonds commun de la nature des choses, les règles objectives qui […] guideront [l'interprétation] et la garantiront contre le subjectivisme de ses jugements » (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, *op. cit.*, p. 142 et p. 151).

[69] Il faudrait ici encore définir ce que l'on entend par « positivisme » et constater que lorsque le « positivisme » est utilisé comme argument à l'encontre d'une doctrine à l'office galvaudé et dans l'incapacité de se saisir de certains phénomènes, c'est en général dans un sens abâtardi qui se confond, justement, avec une dogmatique juridique teintée de légalisme.

[70] Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 304.

à l'immobilité du Code civil ou, plus proche de nous, la méthode classique de la *common law* anglo-américaine est entrée en crise lorsque la publication des décisions de justice s'est dérégulée. La dogmatique juridique est née de la première crise, a évité jusqu'ici la seconde et subit aujourd'hui ses répliques.

23. Ces outils sont en effet porteurs de leur propre analyse basée sur une appréhension propre du droit, deux éléments qui sont à peu près l'inverse polaire de ceux qui sous-tendent les méthodes doctrinales classiques. C'est pour les outils de justice prédictive que le changement de paradigme méthodologique est le plus évident. L'objectif de ce type d'outil est de modéliser le résultat moyen des décisions prises par *tous* les juges, à partir de *tous* les déterminants contenus dans leurs décisions. Ces déterminants, quelle que soit leur nature, doivent ainsi pouvoir être mobilisés dès lors que leur présence ou leur absence a un impact quantifiable sur la prise de décision, qu'elle fasse grimper l'indemnisation ou baisser le taux de réussite de l'action en justice. Parce que ces algorithmes ne sont pas programmés pour donner une valeur distincte aux données de faits et aux données de droit, la distinction fondamentale du droit et du fait, virtuellement, disparaît. Si la règle de droit a pu être mobilisée dans les premiers temps de la recherche, elle n'importe plus au stade des résultats qui sont basés sur ces données factuelles qui font la similarité ou la dissemblance de deux espèces.

24. En somme, ces outils poursuivent l'objectif spécifique de révéler la « réalité » du droit et de son application de manière empirique, quantitative et statistico-probabiliste, pas celui d'extraire des règles générales et abstraites de la masse des décisions qu'ils traitent. C'est là que le bât blesse, d'une part parce que la révélation de la « réalité » du droit est supposée être la chasse gardée du discours doctrinal. Ce constat est d'autant plus vrai en ce qui concerne le droit jurisprudentiel puisqu'après tout « seule la doctrine peut ainsi établir la cohérence, donc l'existence même, de la jurisprudence »[71]. D'autre part parce que la narration qui sous-tend ces outils a de quoi provoquer des sueurs existentielles dans la mesure où elle postule, à mots couverts, que la seule connaissance *utile* aux justiciables, aux avocats voire au juge, « qu'il soit possible de former en Droit consiste dans la capacité à prédire l'interprétation et l'application probable qui sera faite des règles de droit »[72]. La conséquence est brutale : si les constructions doctrinales n'affectent pas la prise de décision du juge, alors elles n'ont pas à être mobilisées par l'outil ; si elles ne sont pas mobilisées par l'outil, c'est qu'elles ne constituent pas une *connaissance utile*. Par leur existence même, ces outils sous-entendraient que les méthodes doctrinales devraient se plier à des canons qui ne

---

[71] M. Deguergue, « Jurisprudence », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1re éd., PUF, 2003, p. 883.

[72] G. Zambrano, « Précédents et prédictions jurisprudentielles à l'ère des *Big Data* : parier sur le résultat probable d'un procès », CCSD CNRS, 2015, p. 6, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/AO-DROIT/hal-01496098v1>.

sont pas les siens si elles entendent traiter cette masse contentieuse de manière pertinente. D'un extrême à l'autre, du « tout droit » de la dogmatique juridique au « tout fait » des outils algorithmiques, le pas est immense et ne fait que s'agrandir à mesure que cette dogmatique juridique et la restriction de la publication des décisions juridictionnelles éloignent non pas l'École du Palais, mais l'École du tribunal. Cette distance n'est pas nouvelle, elle est même un argument doctrinal et professionnel à part entière[73] ; elle est connue des praticiens, notamment des avocats, et le succès de Doctrine.fr malgré les polémiques qui entourent cet applicatif ainsi que le déploiement rapide de *Predictice* dans presque tous les Barreaux de France soulignent cet écart toujours grandissant.

25. Rien de tout ceci ne signifie que les outils de justice algorithmique soient en mesure d'accomplir leurs promesses. Ils ne sont pas opérationnels et ne le seront peut-être jamais vraiment. Dans ce contexte, le discours doctrinal français peut se rassurer : les moutons électriques ne vont pas de sitôt détruire *son* droit et prendre sa place. Une crainte, cependant, n'a pas besoin d'être rationnelle pour être ressentie et sa seule verbalisation en dit long sur les défis auquel le discours doctrinal français fait face. Ces défis, Ch. Jamin et Ph. Jestaz les résumaient ainsi en 2004 : le modèle doctrinal français,

> « ayant acquis ses traits actuels aux environs des années 1920 […] a parfaitement réussi. […] [S]es constructions doctrinales sont par nature abstraites, mais il semble aujourd'hui que beaucoup d'entre elles aient atteint un degré de sophistication et d'abstraction inversement proportionnel à leur utilité […]. En bref, une partie de la doctrine court le risque de tourner à vide, tandis qu'une autre cherche des voies nouvelles dans deux directions, d'ailleurs voisines (et qui lui valent des reproches analogues) : soit elle se rapproche de la pratique, mais au prix d'un étiolement du modèle professoral, soit elle se factualise. Se pose donc à nouveau la question du réalisme, mais dans des termes qui ne sont plus ceux des premières années du XX^e^ siècle »[74].

26. La justice algorithmique sera-t-elle le second wagon réaliste de la doctrine juridique française ? Grimpera-t-elle dans celui-ci, ou l'ignorera-t-elle comme le premier ? Tout comme il n'est pas possible de prédire un quelconque futur aux outils de justice algorithmique, il est impossible de prédire celui d'une doctrine juridique qui s'en désintéresse déjà. Quant au droit et à sa factualisation, gageons que quelques algorithmes créés par des *start-ups* ambitieuses ne sauront guère remettre en cause sa nature profonde. Faire trembler le solide temple doctrinal français paraît déjà être un exploit suffisant.

---

[73] Voir, par exemple, la controverse entre Ch. Bigot, « Réflexions d'un avocat sur la professionnalisation des études de droit », *D.* 2005, p. 1724-1725 et J.-F. Cesaro, P.-Y. Gautier et F. Leduc, « Peut-on cesser d'accabler les universités ? », *D.* 2005, p. 2332-2333.

[74] Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *op. cit.*, p. 304.

ENTRE *PROFESSIONAL LAW* ET *POLITICAL LAW*

AUTOUR DU « *TRANSFERT* » DE LA TRADITION ROMANO-GERMANIQUE EN TERRES BRÉSILIENNES

Rafael SUGUIMOTO HERCULANO
Chercheur au Max-Planck Institute für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Frankfurt am Main)

Résumé : Cet article traite de la dimension politique de certains postulats du droit comparé. L'exemple du système juridique brésilien est utilisé pour montrer comment l'emploi de certains termes, qui servent de métaphores, peut être à la source de contresens et de difficultés si notre objectif est la compréhension correcte de la façon dont le droit est perçu et appliqué dans différents contextes. En ce sens, il est clair que le vocabulaire du droit comparé peut s'avérer incapable de montrer la véritable relation entre le droit et le fait.

Mots-clés : Droit comparé (méthodologie) – droit brésilien – dimension politique du droit compare

Abstract*: This paper deals with the political aspect behind certain assumptions of comparative law. The example of the Brazilian legal system is used in order to show how the use of certain terms, which function as metaphors, can be quite problematic if the goal of the comparison is the correct understanding of how law is perceived and applied in different contexts. In this sense, it is clear that comparative law lacks sufficient formulas capable of showing the true relationship between law and fact.*

Keywords*: Comparative Law (Methodology) – Brazilian Law – Political Dimension of Comparative Law*

En proposant une étude comparative des systèmes juridiques, il est quasiment inévitable d'utiliser certains termes et concepts afin de nous permettre de franchir la barrière entre une histoire locale et une histoire globale. Cependant, ces termes fonctionnent comme des métaphores qui négligent souvent la relation réelle entre un système juridique donné et son contexte social spécifique. Cela montre que l'étude du comparatisme juridique implique également de s'interroger sur la relation entre le droit et le fait. Par ailleurs, le questionnement de ces grandes métaphores[1] nous amène à des problématiques adjacentes au droit, en raison de l'aspect sociologique et politique, voire géopolitique, que revêt l'idée de comparer les systèmes de droit. Dans cette perspective, le comparatisme juridique présente un caractère multidisciplinaire qui mérite d'être évoqué par tous ceux qui se consacrent à ce type d'analyse.

Le titre du présent article contient des éléments déjà bien connus dans l'analyse comparative des systèmes juridiques. Toutefois, notre tentative ici sera avant tout de déconstruire ces éléments. Le premier de ces éléments, *professional law* et *political law*, est tiré d'une tentative du professeur Ugo Mattei[2] de « mettre à jour » la classification des modèles juridiques dans le monde, qui ne coïncide plus, selon lui, avec la façon dont le droit est perçu dans le scénario géo-juridique actuel. Il nous offre une perspective d'analyse critique sur la comparaison entre modèles juridiques ne se limitant pas à la division classique entre *civil law* et *common law*. Ugo Mattei nous propose un regard sur les faits, c'est-à-dire sur la manière dont un modèle juridique exporté s'adapte à la réalité empirique du contexte social de chaque pays. Selon sa classification, les systèmes juridiques sont caractérisés comme étant essentiellement de *professional law*, *political law* ou *traditional law*. Alors que les pays européens auraient des systèmes juridiques de *professional law*, les pays latino-américains seraient caractérisés par des systèmes de *political law*, où la sphère politique s'anticipe ou dépasse les limites habituelles de celles connues dans un pays de tradition de *professional law*. L'objectif sera pourtant de montrer comment cette tentative de remodeler la carte des systèmes juridiques nous apporte plus de problèmes et de contradictions que de solutions.

De même, en utilisant des termes tels que *transfert*, *emprunt*, *exportation* ou *importation*, l'analyse risque d'être compromise ou distante de la réalité juridique des différentes sociétés. En outre, elle partirait déjà d'une logique assez problématique, presque néocoloniale, dont profitent les adeptes d'une perspective critique de type postcoloniale. À cet égard, notre objectif sera également de montrer comment le soi-disant *post-colonial studies* se révèle peu convaincant lorsqu'on est confronté à la réalité historique de la formation institutionnelle brésilienne.

---

1 Conf. L. Foljanty, « Legal Transfers as Processes of Cultural Translation : On the Consequences of a Metaphor », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2 / 2015, S. 89-107.

2 U. Mattei, « Three Patterns of Law : Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », 45 *Am. J. Comp. L.* 5, 1997, p. 5-44.

Enfin, le troisième et dernier de ces éléments, la tradition *romano-germanique*, est également soumis à un examen critique visant à montrer si ce modèle juridique est compatible avec la réalité de fait du cadre institutionnel brésilien. L'argument selon lequel la présence de la *common law* et son influence sur les systèmes juridiques latino-américains à partir des années 1930, mais surtout dans la période d'après-guerre, ont créé une sorte de système hybride sera également abordé dans cet article.

Notre attention est portée sur le fait que dans l'idée de catégoriser les modèles ou systèmes juridiques, ainsi que les modèles culturels, il y a également des enjeux politiques derrière ces hypothèses qui doivent être pris en considération. Ce type de catégorisation conduit à des idées adjacentes telles que le *transfert*, la *transplantation*, l'*importation* ou l'*exportation de modèles*, toutes chargées d'une connotation politique. Ainsi, si l'on se propose de faire une analyse entre le droit et le fait, il est nécessaire de prendre en compte ces particularités afin que notre analyse ne soit pas fondée sur des hypothèses qui servent des intérêts politiques, ou des stratégies politiques.

Afin d'analyser, d'un point de vue socio-historique, le système juridique brésilien dans le cadre de grands modèles de classification et de concepts comparatifs, il conviendra premièrement d'aborder la manière dont le droit brésilien est traditionnellement défini comme un système romano-germanique, importé ou exporté de l'Europe (I). Ensuite, concernant la relecture de la classification des modèles juridiques proposée par le professeur Ugo Mattei, il s'agira de vérifier si le système juridique brésilien se présente ou non comme un « véritable » héritier, en confrontant le droit aux faits, de la tradition du *civil law* européen (II).

I. Des vieux modèles de droit ?

De toute évidence, la division entre la *common law* et le *civil law* en tant que deux grands modèles de systèmes juridiques n'est pas présente uniquement en Occident. La prééminence mondiale des institutions européennes est sans aucun doute due à la consolidation de leur puissance économique et militaire entre le XVI^e^ et le XIX^e^ siècles. Sans remettre en cause la validité de cette dichotomie pour l'instant, qui fera l'objet de notre analyse par la suite, notre objectif sera premièrement d'examiner l'actualité du modèle juridique du *civil law* au Brésil au regard de la forte influence de la *common law* américaine depuis les années 1930 (A). Si nous gardons cette dichotomie à l'esprit, la première observation à faire porte sur l'aspect anachronique de comparer la présence historique de ces systèmes juridiques dans des contextes différents. L'arrivée de ces modèles juridiques européens en Amérique a été précédée de quelque trois siècles par l'arrivée de ces mêmes systèmes dans la plupart des pays des continents africain et asiatique. Il est étrange que fréquemment le récit historique de l'influence des systèmes juridiques européens dans les Amériques reste le même que celui utilisé pour expliquer le développement institutionnel des nations d'autres continents (B).

A. L'actualité du modèle romano-gemanique

L'espace juridique latino-américain est généralisé comme étant une région géographique commune et autonome appartenant génétiquement au modèle juridique romain-germanique, le *civil law*. Le Brésil et l'Amérique espagnole partageraient ainsi une carte commune d'influences juridiques, institutionnelles et idéologiques[3]. Cependant, ces dernières années, la « pureté » de ce modèle romain-germanique en Amérique latine a été remise en question par certains universitaires[4]. Or, pour affirmer que l'Amérique latine dans son ensemble partage un régime normatif commun, s'éloignant progressivement de sa source commune européenne, il faudrait également s'interroger sur l'actualité de ces deux régimes normatifs dans l'espace juridique européen. Ainsi, il serait nécessaire non seulement d'observer l'état actuel du *civil law* en Amérique latine, mais aussi d'analyser son moment actuel en Europe même.

Bien qu'une partie de l'historiographie brésilienne mette traditionnellement l'accent sur les différences entre ce qui s'est passé en Amérique espagnole et portugaise, tant en termes d'influences sociales et culturelles qu'en termes de processus d'indépendance, certains historiens[5] observent que cette différence serait peut-être moins importante qu'il n'y paraît, ou que ne le prétendent certains chercheurs brésiliens. En assumant l'un des deux récits - celui qui consiste à penser le Brésil comme un cas historique particulier, différent des autres pays d'Amérique espagnole, ou celui qui consiste à penser le Brésil comme partageant une histoire commune avec le bloc latino-américain - l'historien devrait d'abord prêter attention aux intentions réelles d'assumer l'une ou l'autre perspective. En effet, tantôt souligner les particularités du Brésil en tant que nation, tantôt le penser comme faisant partie d'un bloc commun, porte en soi une perspective politico-idéologique d'un besoin géopolitique de se positionner dans le monde non seulement en tant que pays, mais aussi en tant que région ou bloc partageant des influences et des traditions communes. L'historien devrait donc être prudent dans l'utilisation de ses sources et dans l'utilisation de récits qui reflètent des partis pris politiques. En revanche, l'existence d'une tradition romano-germanique en Amérique espagnole et au Brésil est réelle, car c'est le modèle que l'Espagne et le Portugal ont mis en œuvre lorsque l'Amérique a été conquise par eux.

---

3 D. López-Medina, « The Latin American and Caribbean legal traditions », in M. Bussani et U. Mattei (dir.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 351.

4 L'article de D. López-Medina cité précédemment aborde déjà cette problématique. Voir aussi : K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law,* Oxford, Oxford University Press, 1998.

5 Voir l'intéressant ouvrage du professeur João Paulo Garrido Pimenta, *A independência do Brasil e a experiência hispano-americana (1808-1822)*, São Paulo, Hucitec Editora, 2015.

On pourrait commencer un récit historique en disant que le Brésil est un pays qui a initialement importé la tradition européenne romaine-germanique[6], mais qui, au cours du XX^e siècle, a assimilé de nombreux éléments de *common law*, étant donc plus correct de parler d'un système mixte entre cette dernière et le *civil law*. L'influence juridique de la *common law* américaine depuis les années 1930, notamment en matière de droits réglementaires et statutaires de la banque et de la finance, montre que la distance apparemment irréductible qui existait entre la *common law* et le *civil law* ne serait pas si grande[7].

Il semble que l'une des principales raisons pour lesquelles la *common law* occupe aujourd'hui une place prépondérante dans la relation d'import-export des idées juridiques au sein de la tradition juridique occidentale est la prise de conscience, après la Seconde Guerre mondiale, que la séparation des processus politiques et juridiques – amplifiée dans la *common law* par l'absence de distinction entre le droit privé et le droit public – assure une meilleure protection des droits individuels contre l'ingérence du gouvernement[8].

Néanmoins, la présence d'éléments de *common law* est également réelle dans tout l'univers juridique occidental de l'après-guerre, une période que le professeur Duncan Kennedy décrit comme la troisième mondialisation du droit depuis 1800[9]. L'éminent professeur américain divise l'histoire contemporaine du droit en trois grands moments, qu'il appelle trois globalisations : la première serait allemande, avec toute l'influence de son droit privé au cours du XIX^e siècle ; la deuxième serait française, avec son droit social, plus précisément dans l'entre-deux-guerres ; et enfin la troisième serait américaine, précisément dans l'après-guerre. Il est évident que simplifier ainsi l'histoire du droit contemporain revient à fermer les yeux sur de nombreux détails, notamment en ce qui concerne les influences croisées ou celles qui ne s'inscrivent pas uniquement dans une logique d'exportation Nord-Sud.

Bien que ce texte du professeur Duncan Kennedy soit intéressant pour l'aspect multidisciplinaire qu'il aborde, il s'apparente à un texte d'histoire plutôt problématique, reflétant également la vieille ambition de catégoriser, de définir des systèmes et des hégémonies. En effet, l'influence majeure du droit américain dans la période d'après-guerre est perceptible en Amérique latine, mais dans la même perspective, cette influence, surtout si elle est classée comme un « moment »

---

6 Voir : A. Schiavone, *Ius : l'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2011 ; P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

7 D. López-Medina, « The Latin American and Caribbean legal traditions », *op. cit.*, p. 358.

8 U. Mattei, « Three Patterns of Law : Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *op. cit.*, p. 24.

9 D. Kennedy, « Three Globalizations of Law and Legal Thought : 1850-2000 », in D. Trubek and A. Santos (org.), *The New Law and Economic Development : A Critical Appraisal,* Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2006, p. 19-73. Voir aussi C. Tomlins, « The Presence and Absence of Legal Mind : A Comment on Duncan Kennedy's "Three Globalizations" », in *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, n° 1/2, *Theorizing Contemporary Legal Thought*, Duke University School of Law, 2015, p. 1-17.

américain, est dirigée non seulement vers le Brésil et les pays d'Amérique latine, mais aussi vers l'ensemble de l'Europe et ailleurs. Par conséquent, il ne serait pas plausible de remettre en question l'existence d'une tradition romaine-germanique pure en Amérique latine sans remettre en question cette pureté en Europe même.

B. Les métaphores comparatistes

Il est courant que certains mots ou expressions soient présents dans le vocabulaire du comparatisme juridique, comme l'*importation* ou l'*exportation* d'un modèle, le *transfert*, le *prêt* ou le *transplant*. Comme déjà mentionné, leur utilisation est souvent très problématique, car elle implique également un positionnement idéologique et aussi politique de la part de ceux qui choisissent un terme ou un autre. Pour montrer à quel point l'utilisation d'un tel vocabulaire est problématique, on prendra comme point de départ une citation du professeur Ugo Mattei - dont le travail sera discuté en détail plus tard - lorsqu'il justifie la classification de l'Amérique latine et d'autres pays du tiers monde dans un même modèle, celui du *political law*, en utilisant l'argument suivant : « La période coloniale et ses modèles juridiques occidentaux ont influencé les deux systèmes [d'Afrique et d'Amérique latine] à un stade trop précoce de leur développement juridique »[10]. Or, cela nous conduit à parler des origines de la présence du système juridique européen au Brésil à l'époque coloniale, ce qui à son tour nous amène à la question même de l'invention politique du Brésil[11].

Notre approche ici est quelque peu en désaccord avec les études post-coloniales qui sont souvent appliquées dans l'analyse des pays de l'Amérique latine. Tout d'abord, il faut se garder de confondre la colonisation en Afrique ou en Asie avec celle qui a eu lieu en Amérique, car il y a une différence substantielle entre les deux : les territoires d'Amérique latine n'étaient qu'une extension des empires portugais et espagnol, et l'objectif était de conserver ce statut.

Pour se concentrer sur l'exemple brésilien, on dit souvent que le Brésil a été découvert en 1500. Il faudrait donc se demander de quel Brésil parle-t-on ou qu'est-ce que le Brésil ? Lorsque les Portugais sont arrivés en Amérique du Sud en 1500, il n'existait pas de projet politique appelé Brésil. Il n'était pas question de créer un pays appelé Brésil. Il s'agissait simplement d'un territoire portugais conquis face à la population indigène locale. La naissance politique du Brésil est

---

[10] U. Mattei, *op. cit.*, p. 30. Dans l'original : « *In these systems, institutional decisions tend to be centralized following a model of direct regulation, driven by a political class unwilling to allow models of decentralized institutional decision making. In turn, the similarity of problems and substrata between African and Latin American systems is readily apparent. The colonial period and its Western legal models influenced both systems at too early a stage in their legal development* ».

[11] Notre analyse ici est fortement inspirée par le travail des professeurs Andréa Slemian et João Paulo G. Pimente, *O 'nascimento político' do Brasil. As origens do Estado e da nação (1808-1825)*, Rio de Janeiro, DP&A editora, 2003.

beaucoup plus tardive, puisqu'elle remonte à la fin du XVIII^e siècle et surtout au début du XIX^e siècle, plus précisément lorsque le Brésil perd progressivement son statut de colonie entre 1808 et 1815, pour devenir un royaume, aux côtés de ceux du Portugal et de l'Algarve, de l'Empire portugais. Cela s'est produit lorsque la famille royale portugaise s'est installée au Brésil en 1808, fuyant précipitamment l'invasion imminente des troupes napoléoniennes au Portugal. Cette démarche, destinée principalement à renforcer l'empire portugais, ou à consolider la couronne et la monarchie portugaises face aux idées de la Révolution française, a fini par créer les conditions du démembrement du Brésil par rapport au Portugal.

Le changement du centre politique de Lisbonne à Rio de Janeiro a créé le besoin de toute une infrastructure physique et institutionnelle pour que la ville ne fonctionne plus comme une colonie, mais comme un royaume et, de plus, comme le centre de l'Empire portugais. Ce point est fondamental, car le Brésil, avant son indépendance, non seulement n'avait plus le statut de colonie, mais était aussi le centre de tout l'empire. Lorsque, lors de la révolution de Porto de 1821, les Portugais du Brésil, comme ils s'appelaient eux-mêmes, se sont trouvés menacés par les Portugais du Portugal, le temps était venu de la séparation politique, car elle profiterait aux intérêts locaux au Brésil. La pression de ces intérêts a créé le besoin d'un nouveau pacte social, qui impliquerait l'émergence d'un nouvel État-nation, toujours sans identité nationale définie. À titre d'exemple, même pendant les débats de l'assemblée chargée de rédiger la première constitution brésilienne (1824), des discussions animées ont eu lieu sur ce que signifiait être un citoyen brésilien, puisque jusqu'à la veille ils étaient les Portugais du Brésil, comme l'a soutenu un député à l'époque. En effet, il appartiendrait au Brésil, à partir de ce moment-là, de créer son propre récit historique.

En tenant compte de cette considération historique, il ne serait donc pas exact de parler de transfert, d'exportation ou d'importation d'un modèle juridique. Le Brésil a été forgé à partir d'un modèle qui existait déjà, et qui était portugais. Le fait que, pour construire un État, il ait fallu regarder d'autres systèmes juridiques et prendre des éléments ici ou là n'a rien à voir avec l'idée d'emprunt, de transplantation, d'exportation ou d'importation.

En droit privé, par exemple, les Ordonnances Philippines ont été en vigueur au Brésil de 1603 à 1916, c'est-à-dire que le droit privé portugais a été utilisé depuis l'époque coloniale jusqu'à quasiment un siècle après son indépendance politique. Toutefois, cela ne diminue pas l'autonomie du système juridique brésilien et l'œuvre du juriste brésilien Teixeira de Freitas (1816-1883) en est la preuve. Il a entrepris la tâche ardue d'organiser, de collecter, de sélectionner et de systématiser toute une législation éparse résultant des intérêts locaux les plus divers, ce qui a donné lieu à sa *Consolidation des lois privées* (1857), puis à un projet de Code civil (1864). Ce projet, bien que jamais réalisé, a eu une grande influence sur la doctrine locale et sur les Codes civils d'autres pays d'Amérique du Sud, comme le Chili et l'Argentine. Il a

surtout contribué à la systématisation du droit privé brésilien et a comblé le besoin immédiat d'un Code civil, qui ne verrait le jour qu'en 1916. Ce projet de Freitas anticipait même certains éléments du *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900), comme la distinction entre la partie générale et la partie spéciale, présente dans sa *Consolidation*, et adoptée quarante ans plus tard par le code de droit civil allemand[12].

L'œuvre de Freitas est originale et monumentale, et démontre l'autonomie du système juridique brésilien vis-à-vis des autres systèmes, au sens lumahnien. Cela veut dire que ce système juridique était capable de s'autogénérer, en utilisant la logique de son propre système. En somme, le Brésil, avant son indépendance, était le Portugal, et appartenait au même système juridique. Ensuite, après l'indépendance, le système juridique brésilien a acquis sa propre autonomie, s'auto-générant en fonction de ses propres besoins. Il serait donc inexacte de parler de transfert, d'importation ou d'exportation, tant avant qu'après l'indépendance.

L'emploi de ces métaphores en droit comparé porte toujours la même charge connotative eurocentrique, perdant de vue l'importance de la perspective locale dans l'analyse des régimes normatifs. Pour utiliser un autre exemple, l'idée de *prêt*, ou d'*emprunt*, nous amène à penser qu'un jour ce qui a été prêté sera rendu, et que si on l'a prêté, c'est parce qu'il aurait un propriétaire. D'autre part, un autre terme bien employé, celui de *transplantation* (*legal transplant*), nous ramène plutôt à un vocabulaire médical ou organiciste, comme si « les organes pouvaient être soit acceptés, soit rejetés par l'organisme auquel ils étaient transplantés »[13].

Dans le but de réviser ces métaphores, certains chercheurs ont réfléchi à de termes plus appropriés ou « confortables », sans le caractère eurocentrique de la plupart d'eux, comme par exemple le terme *translation* ou *cultural translation*. L'intention de se servir du terme *cultural translation* serait liée à la nécessité de prendre en compte une perspective locale et une « contextualisation radicale », mettant l'accent sur l'étude des connaissances juridiques produites dans les différents contextes[14]. Cependant, ce terme présente les mêmes écueils que les autres mentionnés précédemment. Si l'on parle de *translation*, l'idée qu'il existe un élément original nous vient immédiatement à l'esprit. Ainsi, ce qui est employé dans les cultures locales ne serait qu'une version, une traduction, d'un modèle original.

---

12 Cette distinction se retrouve déjà chez autres juristes de l'époque, comme Joseph Louis Ortolan (1802-1873), mais il revient à Teixeira de Freitas de l'appliquer pour la première fois dans le domaine législatif. L'ordre que le juriste brésilien a adopté ne serait pas si différent de celui du Code argentin de 1869, avec ses quatre livres (personnes, droits personnels, droits réels, dispositions communes), et du BGB lui-même (partie générale - personnes, biens et actes et faits juridiques, et partie spéciale - droits personnels, droits réels, famille et successions).

13 L. Foljanty, « Legal Transfers as Processes of Cultural Translation : On the Consequences of a Metaphor », *op. cit.*, p. 4.

14 Conf. T. Duve, « Legal History as an Observation of Historical regimes of Normativity », dans *mpihlt Researcher Paper Series* n° 2022-17, <http://ssrn.com/abstract=4229345>, 2022 ; T. Duve, « What is global legal theory ? », dans *Comparative Legal History* 8:2, 73-115, <http://doi.org/10.1080/2049677X.2020.1830488>, 2020.

II. De nouveaux modèles de droit ?

Ce qui a motivé l'idée du professeur Ugo Mattei de mettre à jour la classification des modèles de droit[15], c'est notamment la nécessité d'une classification non eurocentrique des modèles juridiques. Selon lui, les classifications des familles juridiques, en plus d'être largement euro-américaines, doivent être révisées car la carte géo-juridique du monde est sensiblement différente de celle dessinée par René David, qui comprenait les modèles juridiques en *civil law*, *common law* et droit socialiste.

La classification de Mattei est fondée sur le rôle du droit en tant qu'outil d'organisation sociale au sens wébérien. L'idée simple est que dans toutes les sociétés, il existe trois sources principales de normes sociales ou d'incitations sociales qui affectent le comportement d'un individu : la politique, le droit et la tradition soit philosophique ou religieuse[16]. Cette classification prétend également transmettre des messages importants sur la structure globale du développement juridique (A). Cependant, elle contient également des contradictions si l'on envisage une relecture non eurocentrique et davantage proche de la réalité juridique des différentes sociétés (B).

A. Vers une nouvelle classification des modèles juridiques

Dans la classification que propose Ugo Mattei, les systèmes juridiques peuvent être classés en trois modèles : le *rule of professional law*, le *rule of political law* et le *rule of traditional law*. Comme il le souligne lui-même, ces trois modèles d'incitations ou de contraintes sociales sont simultanément en jeu dans tous les systèmes juridiques. La seule différence se situe au niveau de leur quantité, de leur acceptabilité et, surtout, de leur hégémonie[17]. À son avis, chaque système appartient à la famille de systèmes juridiques nommée d'après son modèle hégémonique.

Ainsi, dans sa taxonomie, la distinction traditionnelle entre la *common law* et le *civil law* est considérée comme une subdivision au sein d'une famille très homogène de systèmes juridiques : la tradition juridique occidentale ou, de façon plus appropriée, le *rule of professional law*. De même, un même système juridique peut appartenir à différentes familles, selon le domaine du droit considéré. Il peut appartenir au *rule of traditional law* si l'on considère le droit de la famille, tout en appartenant au *rule of professional law* en ce qui concerne le droit commercial, et au *rule of political law* si l'on considère son système de justice pénale[18].

---

15 Le travail dans lequel le professeur Ugo Mattei propose une nouvelle taxonomie pour la classification des modèles juridiques remonte à 1997.

16 U. Mattei, « Three Patterns of Law : Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *op. cit,* p. 12.

17 *Ibid.*, p. 16.

18 *Ibid.*, p. 16.

L'homogénéité du *professional law* dans la tradition juridique occidentale est due, pour lui, à deux facteurs : l'arène juridique y est clairement distinguée de l'arène politique et le processus juridique y est largement sécularisé, « en d'autres termes, la légitimité du droit n'est pas d'origine religieuse ou politique, mais de nature technique »[19]. La tradition juridique occidentale reposerait ainsi sur deux « grandes séparations idéologiques » : celle entre le droit et la politique et celle entre le droit et la tradition soit religieuse ou philosophique.

Son idée est que dans un État où le système juridique est caractérisé par le *rule of professional law*, les décisions politiques de haut niveau sont soumises aux contraintes de la loi. Cela ne signifie pas une sorte de hiérarchie entre le droit et la politique, mais de subordination de la décision politique à une décision plus techno-professionnelle[20]. Ce *rule of professional law* fonderait donc sa légitimation sur la démocratie[21].

Alors que dans les systèmes appartenant au *rule of professional law*, le processus politique lui-même peut être davantage déterminé par les règles du droit formel, d'une parte, comme il le décrit lui-même :

> « Dans les systèmes appartenant au *rule of political law*, un observateur occidental peut probablement considérer que le processus politique s'est déplacé pour déterminer le résultat du processus juridique plutôt que l'inverse. En d'autres termes, le droit dans le [monde] du *political law* n'est pas absent, mais il est extrêmement marginalisé et faible devant d'autres sources d'élaboration de règles sociales, principalement le pouvoir politique »[22].

En effet, dans les sociétés où prévaut le *rule of political law*, le droit ne pourrait être considéré que comme étant en état de développement et de transition. Or, pour quelqu'un qui entend dépasser une perspective eurocentrique, sa classification suppose clairement une perspective eurocentrique ou occidentalo-centrique. Le modèle du *political law* serait celui qui caractérise les pays en développement et en transition, que ce soit en Afrique, en Amérique latine ou en Europe de l'Est[23]. Dans ces pays, le *professional law* existe mais ne peut être considéré comme le modèle hégémonique de régulation sociale. De même, le processus juridique y est souvent déterminé par les relations politiques, notamment lorsqu'il y a conflit entre le gouvernement et les droits individuels. Selon Ugo Mattei, la notion même de limitation

---

19 *Ibid.*, p. 23.

20 *Op. cit., loc.cit.*.

21 Comme il le souligne lui-même : « Cette légitimation est largement rhétorique si l'on considère que le grand pouvoir de régulation au sein de l'État de droit professionnel est conféré par une corporation de législateurs cachés, non légitimés par la démocratie : les juristes » (U. Mattei, *op. cit.*, p. 27).

22 *Ibid.*, p. 10.

23 Conf. J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition : An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Palo Alto, Stanford University Press, 1969.

des pouvoirs par le droit formel est totalement incompatible avec la culture de l'élaboration des règles dans les pays du *political law*: il n'y aurait pas de droit formel qui contraigne l'État. Le gouvernement peut faire des efforts pour se conformer au droit formel, mais les circonstances environnantes et la nécessité de maintenir le pouvoir justifient, pour lui, le mépris du droit formel[24].

> « Dans ces systèmes, non seulement les décisions de haut niveau sont prises par le pouvoir politique, mais les décisions de bas niveau sont également fortement influencées par la nécessité immédiate de ne pas interférer avec le cours des relations sociales tel que planifié par l'action politique »[25].

Autrement, au sein du *rule of professional law*, de nombreux aspects du *rule of political law* sont qualifiés de « corruption », considérés comme une pathologie et, en général, ne sont pas acceptés ou considérés par les acteurs sociaux comme des éléments structurels de l'ordre social[26]. Or, cette idée ne s'appliquerait pas ainsi au Brésil, par exemple, où ce type d'intervention est aussi considérée comme problématique ou comme une disjonction du système.

Un cas qui semblerait illustrer le propos d'Ugo Mattei est le contexte de la récente affaire Sérgio Moro au Brésil. Cet ex-juge du 2e Tribunal pénal fédéral de Curitiba[27] était à la tête de l'opération anti-corruption surnommée *Lava-Jato* (ou scandale Petrobras) entre 2017 et 2018. Dans l'ardeur de la « justice sociale » contre la corruption systémique de la politique brésilienne, ce juge a volontairement choisi de ne pas respecter les formalités procédurales. En fait, cette opération a révélé les failles du système politico-institutionnel brésilien dans son ensemble. La spectacularisation du procès a conduit à un mélange dangereux entre le pouvoir judiciaire, l'enquête policière et le média. Il était clair que l'opération visait à atteindre des objectifs politiques.

Plus tard, les décisions de Sérgio Moro ont été annulées par la Cour suprême pour des erreurs formelles dans le procès, une décision qui, à son tour, a également été accusée d'avoir des fins politiques. Dans le sens commun, la discussion portait sur la question de savoir s'il était correct d'ignorer les formalités procédurales pour atteindre la « justice sociale », qui révèle des objectifs politiques, ou si, au contraire, il serait correct d'utiliser les erreurs formelles pour annuler les

---

[24] U. Mattei, *op. cit.*, p. 28.

[25] *Ibid.*, p. 29.

[26] U. Mattei cite l'exemple de la Russie, un pays de *political law*, où le « modèle de relations sociales comme, par exemple, l'utilisation d'une "police" privée pour expulser des locataires, n'est pas considéré comme contraire à la loi » (U. Mattei, *op. cit.* p. 29).

[27] Sérgio Moro a quitté la magistrature en 2019 pour rejoindre le gouvernement du président alors élu, Jair Bolsonaro, en tant que ministre de la Justice. Après avoir démissionné de ce poste en 2020, il revient sur la scène politique en 2022 où il est élu sénateur et a fait partie de la campagne de Jair Bolsonaro pour la présidence. Cela montre clairement toute la connotation politique de la dite opération *Lava-Jato*, notamment en ce qui concerne les décisions du juge Sérgio Moro.

condamnations, ce qui permettrait également d'atteindre des objectifs politiques opposés. En effet, l'opération semblait révéler l'échec systémique de la structure institutionnelle brésilienne, où il y aurait effectivement une politisation du pouvoir judiciaire. En utilisant la taxonomie d'Ugo Mattei, le *profissional law* n'y aurait pas été respecté dès le début, en particulier par le juge Sergio Moro, et donc, en fin de compte, l'annulation des condamnations serait convenable si l'on pense en termes institutionnels et dans l'application « correcte » du *rule of law*.

Toutefois, cette affaire montre que le *professional law*, au contraire, existe et constitue un modèle de droit de référence au Brésil[28]. Mais, selon Mattei, le *professional law* n'y serait pas un concurrent suffisamment fort du *political law* pour justifier l'inclusion générale du Brésil, ou des pays d'Amérique latine, dans la tradition juridique occidentale. De même, le *traditional law* n'y serait pas assez fort pour les inclure dans la famille des pays où le *traditional law* est hégémonique[29]. Ainsi, dans sa perspective, la tradition et la politique seraient les principaux éléments de résistance aux défis posés par les tentatives de « modernisation » du système politico-juridique au Brésil et dans d'autres pays du tiers monde.

B. Critiques à l'approche d'Ugo Mattei

Le propos d'Ugo Mattei suscite certaines remarques. Tout d'abord, une telle relecture des modèles ne peut se faire sans une explication historique adéquate, mais lorsqu'il recourt à l'histoire, son approche s'avère défectueuse. Comme on l'a montré, l'idée selon laquelle il existe une similitude de problèmes entre les systèmes politico-juridiques africain et latino-américain, facilement visible et historiquement expliquée, est une faible lecture de l'histoire. Un autre problème de sa théorie est qu'elle fonctionne selon la logique de blocs typique de la géopolitique : le clivage Nord-Sud prenant en compte le développement économique, et le clivage Est-Ouest prenant en compte les différences culturelles et religieuses. C'est aussi une théorie qui présuppose une utilisation abusive du *rule of law*, c'est-à-dire un détournement de sa finalité par les pays dits du tiers monde. Le droit de ces pays ne serait qu'une déformation du modèle occidental – entendu ici comme un bloc géopolitique – du *rule of professional law*. Ainsi, les Occidentaux seraient en quelque sorte les gardiens du véritable modèle du *rule of law* ou, en tout cas, les seuls à l'utiliser correctement.

Cette perspective pourrait conduire à une certaine méfiance et un sentiment de supériorité des pays du Nord global à l'égard des systèmes juridiques des pays du Sud, dont l'affaire Halloway[30] illustre de manière exemplaire. Au cours de cette

---

[28] Ce serait le cas aussi pour d'autres pays d'Amérique latine.

[29] U. Mattei, *op. cit,* p. 33.

[30] L'affaire *Holloway* est une affaire criminelle datée de 2005 avec la disparition de Natalee Ann Holloway, jeune femme alors âgée de 18 ans, lors d'un voyage scolaire à Aruba. Natalee Holloway devait embarquer sur le vol retour mais ne s'est jamais présentée à l'aéroport. Elle a été vue pour

affaire, il apparaît clairement que la présence de l'autorité néerlandaise venue d'Europe était souhaitée par les autorités d'Aruba pour soutenir et crédibiliser l'enquête locale sur l'affaire. Face aux accusations prolongées d'inefficacité et de corruption faites par la famille Halloway et par le gouverneur de l'État d'Alabama, où la famille résidait, les journaux d'Aruba ont rapporté que, le 5 juillet 2005, certains insulaires ont exigé le respect du droit néerlandais, l'affront à la fierté locale étant évident. Le droit néerlandais a été évoqué, car il serait sûrement plus difficile de critiquer les institutions et les procédures juridiques d'un pays dit du premier monde que celles d'une petite île des Caraïbes réputée pour sa corruption. C'est comme si un *rule of law* crédible, celui des Pays-Bas, remplaçait un *rule of law* instable et fragile, celui d'Aruba[31].

Un autre cas exemplaire, montrant cette méfiance envers les institutions locales et le système juridique, est l'affaire Gol vs Legacy qui s'est déroulée au Brésil[32]. Pour expliquer brièvement cette affaire, en décembre 2009, deux pilotes américains d'un jet privé (*Legacy*) ont été accusés au Brésil d'avoir provoqué une collision avec un Boeing de Gol Airlines au-dessus de la jungle amazonienne le 29 septembre 2006, tuant 154 personnes. Malgré les dégâts, le petit jet qu'ils pilotaient a réussi à se poser en toute sécurité sur une base aérienne militaire. La police fédérale brésilienne a accusé les pilotes de « mettre en danger la sécurité aérienne ». L'enquête brésilienne a révélé que le transpondeur du jet privé était éteint ou désactivé au moment de la collision. À son tour, l'enquête américaine a mis en cause le système de contrôle du trafic aérien brésilien, écartant ainsi la responsabilité des deux pilotes américains. L'action pénale pour négligence est toujours en cours au Brésil contre les deux pilotes, mais cette affaire révèle un grave problème d'ingérence, de méfiance et de sentiment de supériorité de la part des États-Unis sur les institutions d'un autre système juridique.

En effet, ce même raisonnement est présent chez Ugo Mattei lorsqu'il parle du processus de modernisation du système juridique, qui est nécessaire pour que les pays du tiers monde puissent utiliser le *rule of law* correctement et sans distorsions. En utilisant des termes tels que modernisation, déformation ou même pathologie, il est clair que les propos d'Ugo Mattei s'inscrivent toujours dans une perspective eurocentrique, celle-là même qu'il entend critiquer. La différence est que son eurocentrisme prends désormais une dimension plus large, celle d'un

---

la dernière fois par ses camarades de classe à l'extérieur d'une boîte de nuit, en compagnie de trois habitants de l'île, les principaux suspects, qui ont été arrêtés à plusieurs reprises, mais relâchés faute de preuve. Les parents d'Holloway ont critiqué la police d'Aruba pour le manque de progrès dans l'enquête. La famille a également appelé à un boycott d'Aruba, soutenu également par le gouverneur de l'Alabama à l'époque, Bob Riley, mais n'a pas réussi à obtenir un soutien général. Voir D. Holloway, R. S. Good et L. Garrison, *Aruba: The Tragic Untold Story of Natalee Holloway and Corruption in Paradise*, Naschville, Thomas Nelson, 2006.

31 D. López-Medina, « The Latin American and Caribbean legal traditions », *op. cit.,* p. 361-362.

32 Conf. D. López-Medina, *op. cit.,* p. 363-364.

bloc : l'Occident ou le Nord global. La modernisation serait alors d'atteindre le niveau du système juridique de ces pays dits du premier monde, soi-disant gardiens de la bonne application du *rule of law*.

Sa conception de *political law* comporte également d'autres remarques. Par exemple, il faudrait se demander si l'on parle d'ingérence politique dans le système judiciaire ou d'ingérence du système judiciaire dans la politique. En d'autres termes, parle-t-on de droit politique (*political law*) ou de politiques du droit (*politics of law*) ? Le cas de Sérgio Moro, l'ex-juge brésilien anti-corruption mentionné précédemment, montre que les deux peuvent coexister. En effet, cette affaire n'indique pas que le *political law* est hégémonique dans le cadre juridique brésilien, ni que la corruption y est un problème systémique. En réalité, il existe au Brésil un activisme judiciaire qui affecte le comportement de certains juges, pour différentes raisons. Il y a probablement des traces du monde d'après 1945, de son néoconstitutionnalisme et de l'idée de défendre l'éthique pour garantir les droits et le fonctionnement même de la société, ce qui se traduit au Brésil, d'une part, par la défense et la garantie des privilèges d'une élite dominante et, d'autre part, par la recherche de la « justice » sociale pour les défavorisés. L'activisme des juges au Brésil revêt donc ces deux dimensions, ce qui est évidemment lié à la grande disharmonie sociale présente dans la société brésilienne, mais aussi au manque de confiance des citoyens envers les institutions et l'État lui-même.

***

Si le propos d'Ugo Mattei présente de failles et de contradictions, il faudrait néanmoins d'abord se demander quel serait l'intérêt fondamental de placer un certain pays dans un modèle ou un autre, et quels seraient les motifs réels d'une telle entreprise. Les types idéaux sont intéressants, ils sont utiles, ils aident le chercheur à avancer ici et là, mais ils nous conduisent à de nombreux malentendus qui, s'il n'y a pas moyen de les éviter, devraient au moins faire l'objet d'un regard critique. L'étude des différents régimes normatifs est sans doute importante, car la connaissance mutuelle des différents systèmes juridiques conduit au développement de la structure institutionnelle de chaque société. Cependant, la cartographie juridique du monde en blocs d'influence est sujette à de nombreux écueils où science et politique sont parfois confrontées, ou voire montrent leur inévitable parenté.

Il ne faut pas perdre de vue que les régimes de normativité fonctionnent non seulement selon une logique Nord-Sud, mais également par des échanges réciproques du Sud vers le Nord. Il serait aussi important de savoir comment ces dialogues se déroulent à l'intérieur de frontières géographiques plus étroites ou régionales. Par conséquent, l'utilisation de métaphores telles que le *transfert*, l'*importation* ou l'*exportation*, l'*emprunt*, qui visent à éliminer cette dichotomie entre le local et le global, doit être considérée de manière critique. Même le concept

de *cultural translation*, aussi prudent qu'il puisse paraître, peut nous conduire à une observation similaire à la taxonomie d'Ugo Mattei, car il partirait simplement de l'idée qu'il existe un modèle original. Si l'on prend en considération ce qui se passe en dehors du droit, dans le domaine artistique par exemple, on constate que la communication entre les différentes cultures conduit à une relation d'échange réciproque difficile à mesurer en termes d'influence. Il serait même inutile de parler, dans ce cas, d'influence, de prêt, d'importation ou d'exportation, et aussi de *cultural translation*. Pourquoi alors ne pas parler de ce phénomène comme il l'est tout simplement : un échange et une communication de cultures ?

PROBLÉMATISER EN DROIT

APPROCHE PRAXÉOLOGIQUE DU RAISONNEMENT JURIDICTIONNEL

Julie COLEMANS
Faculté de Droit, Science Politique et Criminologie de l'Université de Liège (Belgique)

Résumé : Cette contribution étudie les faits et le droit dans leur dimension pratique et sensible au contexte. En croisant un matériau ethnographique et des sources juridiques, notamment les arrêts du Conseil d'État belge, l'analyse rend saillante l'opération de problématisation. À partir d'une perspective praxéologique, le jugement apparaît comme un processus itératif de co-sélection et de co-construction des faits et du droit qui mobilise des savoirs de nature différente et dont l'horizon pratique est la résolution d'un conflit traduit dans le langage du droit.

Mots-clés : Problématisation – praxéologie – problème juridique – raisonnement juridique – décision judiciaire – ethnographie (du droit)

Abstract*: This paper studies facts and law in their practical and context-sensitive dimensions. By combining ethnographic material with legal sources, in particular the judgments of the Belgian Conseil d'État, the analysis highlights the operation of problematization. From a praxeological perspective, the judgement appears as an iterative process of co-selection and co-construction of facts and law, which mobilises knowledge of different kinds and whose practical horizon is the resolution of a conflict translated into the language of law.*

Keywords*: Problematization – praxeology – legal problem – legal reasoning – judicial decision – ethnography (of law)*

> « À vrai dire, dans la vie juridique, le pur fait et le pur droit sont introuvables : le fait n'a d'existence que dès l'instant où il devient matière à l'application du droit, le droit n'a d'intérêt que dès l'instant où il vient s'appliquer au fait ; et par suite, dès qu'un juriste pense le fait, il le pense comme matière du droit, dès qu'il pense le droit, il le pense comme forme destinée au fait »[1]

INTRODUCTION

Une partie de la théorie du droit renvoie dos à dos les faits et le droit[2]. D'essence différente – qu'on pense aux dichotomies genre/espèce ; devoir-être/être ; forme/matière – ils paraissent par nature incommensurables. Si l'on s'en tient à une appréhension ontologique de faits et du droit dans le raisonnement juridique, le problème paraît insoluble. En revanche, le problème paraît d'un intérêt tout au plus théorique lorsque l'on regarde les milliers de jugements et arrêts rendus chaque année. En effet, le raisonnement juridictionnel opère cette surprenante alchimie de lier des entités aussi distinctes que l'huile et l'eau dans une solution qui semble lisse et homogène. D'incommensurable, le travail de liaison des faits et du droit apparaît aussi naturel qu'automatique[3].

Entre l'impasse logique et l'inutilité pratique, cette contribution se propose d'étudier les faits et le droit dans leur dimension pratique et sensible au contexte. En croisant un matériau ethnographique et des sources juridiques, notamment les arrêts du Conseil d'État belge concernant un cas de permis d'environnement pour la détention d'une vingtaine de serpents, nous décrirons l'opération de problématisation comme constituant une étape nodale du raisonnement juridique rarement théorisée car aux prises avec la factualité du cas à résoudre. Le raisonnement juridique y apparaît complexe mais néanmoins descriptible dès lors qu'on renonce à l'abstraire des aspérités qui rendent l'affaire décidable. La dimension politique de l'art de juger a largement été étudiée tant par les juristes que par les

---

1 J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Travaux de l'année sociologique, F. Alcan, 1926, p. 114.

2 J.-Y. Cherot souligne cette « dérive mytho-logique » pour reprendre l'expression de François Ost et Jacques Lenoble de cette dichotomie. Aussi grossière puisse-t-elle paraitre, elle n'en imprègne pas moins nos représentations.

3 Des auteurs ont dès les années quatre-vingt relativisé le caractère automatique de la qualification juridique en insistant sur le rôle politique du juriste. Nous pensons à C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, Paris, 1984 ou à Jean Salmon qui affirme qu'« à supposer les faits constants et les catégories juridiques précises, le rapport à établir entre les faits et la norme n'a encore rien d'automatique. L'opérateur de la qualification pourra hésiter sur le choix des faits, comme il pourra hésiter sur le choix de la norme » (J. Salmon, *Le fait dans l'application du droit international, Académie de droit international, Recueil des cours*, 1982-II, t.175, Martinus Nijhoff, The Hague, 1983, p. 383).

sociologues. Il s'agit dans cette contribution d'envisager le jugement à partir de ses aspects cognitifs et ce, à partir d'une perspective praxéologique. Lorsque l'on adopte une vision praxéologique de la cognition, la question n'est pas d'identifier le modèle de raisonnement qui permet de rendre compte de la pensée formelle ou rationnelle, mais de mettre en lumière toutes les opérations épistémiques[4] pratiques qui contribuent à tracer les chaînes inférentielles du raisonnement. Elle consiste à décrire comment les magistrats catégorisent, classent, comprennent, interprètent, comparent, décrivent, etc. à toute fin pratique.

Nous procéderons en deux temps. Dans une première partie, nous clarifierons la manière dont nous appréhendons le raisonnement juridictionnel. Ensuite, nous nous focaliserons sur l'étape du raisonnement qui consiste à problématiser le cas à trancher à travers le compte rendu d'une affaire.

I. Le raisonnement juridictionnel, une pratique cognitive sensible au contexte

Mettons un instant de côté les grandes catégories structurant la théorie et la méthodologie du droit pour nous appesantir sur ce qui fait le quotidien et la matérialité du contentieux administratif. À l'occasion d'une étude portant sur le travail des juges de proximité, Jean-Marc Weller[5] se demandait comment décrire ce que l'on ne voit pas. En effet, le raisonnement est généralement appréhendé comme un acte de la pensée insaisissable par l'observateur extérieur. Le juriste, quant à lui, s'intéresse moins aux motivations profondes[6] qui ont présidé à l'adoption du jugement de droit qu'aux motifs et dispositif exprimés dans les jugements qui constituent son objet d'étude. L'approche praxéologique emprunte une troisième voie.

La praxéologie du droit propose de saisir le droit à partir des pratiques des acteurs qui le mobilisent. Elle souhaite rendre compte de façon détaillée des procédures qui constituent l'action en train de se faire. L'attention se porte moins sur les états mentaux des acteurs rationnels que sur les activités pratiques, sur la

---

[4] Selon Albert Ogien, la « sociologie de la connaissance ordinaire » propose d'expliquer le réel par la pratique plutôt que par la raison afin de démontrer la nature sociale de l'activité cognitive. La connaissance ordinaire est une forme d'activité pratique particulière qui renvoie aux « manières dont les individus effectuent ces « opérations épistémiques » de base (objectiver, catégoriser, abstraire, généraliser ou anticiper) nécessairement engagées dans l'accomplissement de l'action en commun », A. Ogien, « Du sens commun comme d'une sorte de faculté de juger », in C. Gautier et S. Laugier (dir.), *Normativités du sens commun*, Paris, PUF, 2009, pp. 499-500.

[5] J.-M. Weller, « Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation des juges de proximité au travail », *Sociologie du travail*, n° 53, 2011, p. 349-368.

[6] Certains parleront de la psychologie du juge, tel Olivier Corten qui circonscrit le périmètre de la science juridique aux textes des décisions : « Il ne sera pas question de tenter de sonder la "véritable" motivation du juge qu'elle relève de la psychologie, de sa détermination sociale, de ses positions philosophiques. Seul le texte de la décision sera considéré comme un produit susceptible d'être traité scientifiquement. » (O. Corten, *L'utilisation du raisonnable par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 20).

matérialité du raisonnement qui s'inscrit dans des procédés, des pratiques, des routines ou des artefacts. L'accent n'est donc pas mis sur les seuls décideurs mais sur leurs pratiques en contexte. S'appuyant sur une méthode ethnographique, cette perspective entend décrire la grammaire pratique du droit, c'est-à-dire les « méthodes[7] déployées contextuellement et en pratique pour « faire du droit » et « être juridiques » par les gens engagés dans une action dont la dimension juridique ressort manifestement, bien que souvent implicitement, de leur façon d'identifier des règles, de s'y rapporter et de les mettre en œuvre »[8].

Considérant le raisonnement juridique non comme une opération ponctuelle de la pensée mais comme un processus contingent[9], cette approche préserve l'épaisseur phénoménologique des décisions de justice. Méthodologiquement, le chercheur s'intéresse moins à ce que pensent les magistrats qu'à ce qu'ils font. L'observateur peut alors saisir les opérations qui participent du travail de liaison des faits et du droit[10] sur un temps long, à travers les transformations que les magistrats font subir aux documents qui forment la charpente de la procédure contentieuse. Plonger dans la matérialité de l'action[11] implique d'appréhender le raisonnement juridictionnel comme un processus[12] qui assemble une série de pratiques cognitives et de matérialités.

---

7 La praxéologie du droit trouve ses fondements dans l'ethnométhodologie qui a, depuis les années soixante, réservé aux activités judiciaires un intérêt non démenti. Voyez notamment H. Garfinkel, *Recherches en ethnométhodologie*, PUF, coll. Quadrige Manuels, Paris, 2007 ; D. Sudnow, « Normal Crimes : Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office », *Social Problems*, 12, 3, 1965, p. 255-275 ; M. Travers et J. F. Manzo (eds.), *Law in Action : Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Aldershot, Dartmouth/Ashgate, 1997. Dans le monde francophone, Baudouin Dupret est la figure de proue de cette école de pensée. Voyez B. Dupret, *Le jugement en action : ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Droz, 2006.

8 J. Colemans et B. Dupret (dir.), *Ethnographies du raisonnement juridique*, LGDJ, Droit et Société, 2018, p. 13.

9 Voie empruntée notamment par P.-E. Moyse dans le compte rendu du « processus de formation de la décision judicaire » : « Un jugement est un acte – une œuvre ? – presque collectif, qui s'érige sur les fondations coulées dans les actes de procédure préparés par les procureurs. Les écrits de nos juges sont ainsi tissés à même un canevas factuel et intellectuel préparé par les parties » P.-E. Moyse, « Kraft Canada c. Euro-Excellence : l'insoutenable légèreté du droit », *Revue de droit de Mc Gill*, 23, 2008, p. 744 et remise en perspective par M. Devinat, « La narration judiciaire des faits et le raisonnement sur les cas en droit canadien », *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 32, *RRJ* 2018, p. 1829-1840.

10 Serge Gutwirth décrit le droit comme une pratique d'assignation de liens stables. Voir S. Gutwirth, « Le droit n'est pas une science mais la science juridique existe bel et bien » in G. Azzaria (éd.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Montréal, Editions Yvon Blais/Thomson Reuters Canada, 2016, p. 1-39.

11 A. Riles, « A New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, vol. 53, n° 3, Summer 2005, p. 973-1034. Pour une synthèse de ce tournant technique voir F. Audren, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? À propos de la traduction de deux articles sur les "Legal Technicalities" », *Clio@themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 23, 2022.

12 Comme le soulignait Bruno Latour, « de même que l'on ne comprend rien à la science si l'on dresse de loin des mots en face des choses, de même on ne comprend rien au droit si l'on cherche à passer directement, sans cette modeste accumulation de papiers d'origines diverses, de la norme aux faits de

Il existe un espace à construire entre d'une part les rationalisations du travail décisionnel que l'on trouve dans les arrêts et d'autre part les pratiques cognitives et évaluatives qui se déploient depuis la réception de la requête jusqu'à la rédaction de l'arrêt. Cela implique de renoncer provisoirement à l'ambition de la conceptualisation ou de la généralisation du raisonnement juridique au profit de la description située des pratiques. Se dégagent alors des pistes de compréhension de ce qui fait le travail de de co-sélection des faits et des règles de droit. Pour paraphraser Bruno Latour, on ne peut franchir le « grand abîme des idées aux choses »[13], mais on peut en revanche franchir le petit abîme entre les faits qui ressortent des documents du dossier administratif et les faits qui composent l'exposé du requérant, de même qu'on peut franchir le petit abîme qui sépare l'exposé des faits du requérant et celui du juge. Afin de saisir ces sauts, il est important de recueillir un matériau empirique en limitant les théorisations abstractives et en collectant les pratiques concrètes, les routines ordinaires, la quotidienneté la plus banale dans les affaires qualifiées de « difficiles ». En effet, celles-ci ont une vertu heuristique car elles permettent de saisir l'explicitation de raisonnements qui, à force de sédimentation, se font de manière routinière.

Ainsi, face à une requête qui contient un exposé des faits et des moyens de droit rédigés par l'avocat du requérant, face au mémoire en réponse de la partie adverse dont la légalité de la décision est mise en cause, face aux dossiers de pièces, les magistrats procèdent à une première lecture et esquissent une première chronologie procédurale de l'affaire. Tel l'historien, sur la base des pièces disponibles, le magistrat retrace la genèse de l'acte. Une fois le chemin procédural identifié, le magistrat ne dispose que de la partie préliminaire de l'exposé des faits : l'histoire procédurale de l'acte. Les faits juridiques doivent encore être identifiés dans la pléthore de faits et de pièces disponibles. Pour opérer cette sélection, la règle doit avoir été sélectionnée comme pouvant fonder juridiquement le recours. Comment sélectionner les faits juridiquement pertinents et dans le même temps la règle qui rend le fait pertinent ? Pour résoudre cette aporie, les auteurs utilisent la figure de la dialectique qui permet de ne pas devoir trancher qui, des faits ou du droit, est premier. Le mouvement de va-et-vient entre faits et droit, la dialectique propre au raisonnement juridique clôt le débat.

> « C'est après un long examen dialectique qui oppose divers aspects des faits et divers habillements juridiques possibles du fait, après bien des tâtonnements, que va se profiler une construction […] plausible. »[14]

---

l'espèce. […] Le pouvoir du droit, comme celui d'une chaîne, est exactement aussi fort que son plus petit maillon et l'on ne saurait détecter celui-ci qu'en le parcourant maillon après maillon sans en omettre un seul. », B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2004, p. 103.

13 B. Latour, *Petites leçons de sociologie des sciences*, La découverte, Paris, 2007, p. 201.

14 J. Salmon, *Le fait dans l'application du droit international, op. cit.*, p. 298.

Rouvrons néanmoins ce débat un instant et examinons ce qui permet au magistrat de sélectionner à la fois les faits considérés comme juridiquement pertinents au regard des moyens de droit et les moyens de droit aptes à fonder l'annulation de l'acte administratif dont la légalité est contestée. On perçoit la circularité et la complexité du raisonnement : les faits et le droit ne sont pas des données qu'il suffirait de faire coïncider. Ils s'entremêlent et la tâche du magistrat consiste, dans un premier temps, à délier ce qui a été lié par les parties pour pouvoir, dans un second temps, proposer un agencement particulier.

Au cœur de ce travail de déconstruction et de reconstruction, une opération cognitive centrale, mais peu documentée dans la littérature, permet de comprendre le processus de co-sélection réciproque du fait et du droit : la problématisation, c'est-à-dire l'identification du problème juridique.

> « Comment avec les faits qu'on a, comment poser la question qui va permettre de résoudre le litige ? Le moyen ne vous donne pas la question, parce que vous avez une norme générale, il faut la confronter à un fait. Comment on va confronter les deux ? La confrontation des deux se fait sous forme d'une question qui fait le tri, qui retient dans le complexe inouï des faits, celui qui va permettre, sous une certaine orientation, de trouver la solution par rapport à d'autres » (Auditeur, p. 15-16).

Afin de comprendre le rôle de la problématisation dans le raisonnement juridictionnel, nous étudierons un cas qui opposa, au sein du Conseil d'État belge, l'auditeur et le conseiller en charge de ce dossier à rebondissements[15].

II. Présentation du cas – le refus d'un permis d'environnement pour la détention de 18 serpents non venimeux par un particulier résidant en zone d'habitat à caractère rural – et du moyen de droit

Partons des faits incontestés. Monsieur Q. acquiert, entre mars et juin 2009, 18 serpents appartenant aux espèces Boa constrictor et Python qu'il répartit dans 10 terrariums se trouvant dans son salon et sa salle à manger. En juin 2009, il dépose une demande de régularisation en vue d'obtenir un permis d'environnement à l'administration communale. Ce type d'établissement[16] est soumis à une

[15] Trois arrêts ont été prononcés sur cette affaire : l'arrêt n° 206.819 du 26 juillet 2010 rouvrant les débats et renvoyant à la procédure ordinaire, l'arrêt n° 208.172 du 15 octobre 2010 rejetant la demande de suspension et l'arrêt n° 222.929 du 20 mars 2013 prononçant l'annulation de l'arrêté du Ministre refusant de délivrer le permis d'environnement.

[16] L'article 2 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement définit le champ d'application et les missions du décret. Celui-ci vise à « assurer, dans une optique d'approche intégrée de prévention et de réduction de la pollution, la protection de l'homme ou de l'environnement contre les dangers, nuisances ou inconvénients qu'un établissement est susceptible de causer, directement ou indirectement, pendant ou après l'exploitation […] ».

étude d'incidence mais, en est, *in casu*, dispensé par le fonctionnaire technique. Le fonctionnaire délégué n'émet pas d'objection, ce qui n'est pas le cas du conseil communal qui rend un avis défavorable. Le fonctionnaire technique, dans son rapport de synthèse, propose d'accorder le permis. Le collège refuse le permis qui fait l'objet d'un recours devant le ministre compétent. Celui-ci confirme la décision du collège. Il s'agit de l'acte attaqué devant le Conseil d'État.

Le moyen unique pris par le requérant dénonce l'illégalité de l'acte confirmant le refus de permis émettant à son encontre deux types de critiques. La première porte sur les motifs de l'acte, la seconde sur le fond de la décision. En sa première branche, le moyen dénonce l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, la contradiction dans les motifs et l'erreur manifeste d'appréciation contraires à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. En l'occurrence, la motivation est critiquée en ce que le « motif lié aux risques de fuite des animaux serait inexact et se révélerait en contradiction avec les autres motifs de l'acte » et en ce que le « motif lié au « sentiment d'insécurité » serait purement subjectif, fondé sur une crainte irrationnelle d'une partie de la population à l'égard des serpents, alors que cette crainte est objectivement dépourvue de tout fondement puisque l'instruction administrative du dossier aurait révélé qu'il n'existe pratiquement aucun risque de fuite des serpents, que ces serpents ne sont pas venimeux et qu'ils ne peuvent survivre que sous la chaleur tropicale de leur terrarium ». La seconde branche dénonce l'atteinte disproportionnée à la vie privée du requérant consacrée par les articles 8 de la CEDH et 22 de la Constitution belge[17].

La présentation des faits objectivés par l'arrêt et des dispositions légales fondant le recours ne permet pas d'emblée d'identifier le problème juridique. Il faut plonger dans la contingence des motifs de l'acte administratif, dans les nuances des termes employés pour comprendre ce qui s'est joué pour les protagonistes.

Examinons les argumentaires déployés par l'autorité administrative appelée partie adverse, l'auditeur et le Conseil d'État afin de faire émerger les différentes problématisations du cas.

A. La partie adverse : le danger réel et perçu par le voisinage

La partie adverse insiste sur la dangerosité des serpents à la fois pour l'homme et pour l'écosystème. Elle cite des articles de vulgarisation scientifique qui décrivent la manière avec laquelle les serpents étouffent des petits animaux. Pour l'homme, bien que les serpents ne soient pas venimeux, ils représentent un danger dû au saisissement provoqué par la simple vue des reptiles. Enfin, le risque de disparition de certaines espèces locales est également évoqué dans

[17] La seconde branche du moyen ne sera pas analysée par le Conseil d'État dans le recours en annulation, raison pour laquelle nous ne nous appesantirons pas sur cet argument qui a par ailleurs été peu discuté par la partie adverse et les magistrats.

le cas où ces serpents vivraient dans la nature. Le danger résultant du risque de fuite est établi par les réclamations déposées durant l'enquête publique, par l'avis défavorable du conseil communal et par l'arrêté du collège communal.

La manière dont est présentée la dangerosité des serpents s'appuie sur des scénarios typiques relevant de savoirs de sens commun. Sont décrites une série de situations constituant un faisceau d'indices de la dangerosité d'une telle détention. Selon l'autorité administrative, il n'existe aucune garantie quant à l'impossibilité totale de fuite d'un reptile qui peut être due à une quelconque manipulation, une négligence de la part du requérant ou à un acte de libération des serpents et de leur relâchement dans la nature lorsqu'ils deviennent, par exemple, trop encombrants. L'administration souligne que cette dernière pratique est courante et n'exclut pas l'intervention d'un des cinq enfants de l'intéressé qui souhaiterait libérer l'un des serpents pour quelque raison que ce soit.

Enfin, l'autorité justifie juridiquement le choix de refuser le permis d'environnement sur la base des principes de prévention et de précaution :

> « En vertu des principes de précaution et de prévention, aucun risque de fuite ne peut être pris lorsqu'on sait que ces reptiles constituent un réel danger pour l'homme et pour l'environnement, que l'habitation hébergeant les serpents se situe en milieu fortement urbanisé et qu'aucune personne spécialisée n'est capable de gérer un quelconque incident ».

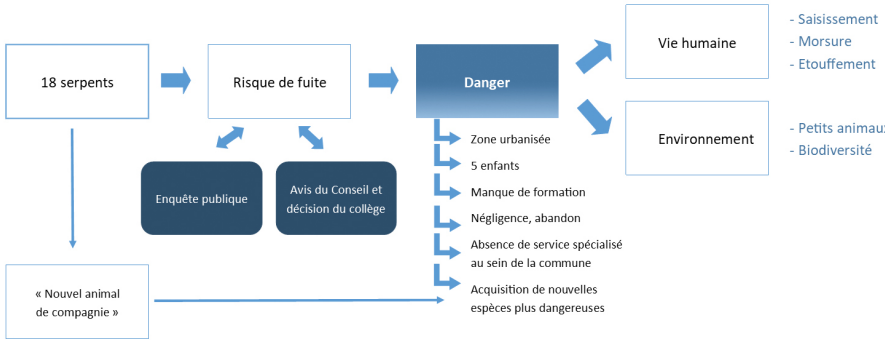


Figure 1- L'autorité peut-elle autoriser une activité présentant un réel danger pour l'homme et l'environnement dans un milieu fortement urbanisé ?

B. L'auditeur : les inconvénients et l'incompatibilité avec la destination de la zone

L'auditeur n'aborde pas frontalement la question de la dangerosité intrinsèque des serpents. Actant les vues contradictoires concernant la réalité et l'importance du danger – les parties étayent leurs arguments par des pièces qui se contredisent –, il choisit d'appréhender la détention de serpents sous le prisme

du droit de l'urbanisme et particulièrement des inconvénients pour le voisinage et de la compatibilité des activités avec la destination principale de la zone. Examinant les motifs critiqués par le requérant, à savoir le risque de fuite et le sentiment d'insécurité, il choisit d'écarter la première branche du moyen arguant que la motivation, quoique perfectible, est compréhensible. S'agissant du risque de fuite, ce motif n'est pas jugé matériellement inexact, étant lié aux opérations d'ouverture des terrariums pour nourrir les animaux et pour entretenir les terrariums. Sont également pointées les éventuelles négligences du propriétaire ainsi que l'éventualité d'un abandon des serpents engendrant une réintroduction dans la nature des animaux dont leurs propriétaires veulent se défaire, renvoyant à l'argumentation tenue par la partie adverse. Il donne ainsi du crédit aux scénarios ordinaires déployés par la partie adverse tout en ne se positionnant pas sur la dangerosité des reptiles mais plutôt sur leur compatibilité, en l'occurrence leur incompatibilité, avec la destination principale de la zone d'habitation.

Il s'appuie ensuite sur l'article 2 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et sur l'esprit du code de l'environnement imposant qu'une enquête publique soit réalisée. D'après l'auditeur, la législation citée ne limite pas le champ de ses préoccupations au danger que représente un établissement, mais vise à réduire la pollution, à protéger l'homme et l'environnement contre les dangers, nuisances ou inconvénients qu'un établissement est susceptible de causer. Adoptant une conception large du risque – risque de danger direct ou indirect mais aussi nuisance et inconvénients –, l'auditeur s'appuie sur l'enquête publique afin d'objectiver les risques et nuisances liées à la détention des 18 serpents. L'enquête publique dénonce en effet une incommodité résultant d'une situation problématique découlant de la présence d'animaux sauvages (transformés artificiellement en « nouveaux animaux de compagnie »), du nombre de serpents, de la dangerosité redoutée de ceux-ci, de l'absence totale de qualification du demandeur, de la présence d'un milieu urbanisé dédié à l'habitat, de l'absence de services de secours pouvant remédier aux incidents, etc., éléments objectifs figurant au dossier administratif. Ainsi, d'après l'auditeur, « à partir du moment où une enquête publique est imposée à l'autorité décisionnelle, on ne saura lui reprocher d'avoir égard aux incommodités dénoncées qui pourraient diminuer la valeur résidentielle de la zone lors de celle-ci ».

Se basant sur le trajet de l'acte administratif, à savoir la convergence de l'enquête publique, de l'avis du conseil communal, de la décision prise par le collège et par la confirmation de ces décisions par le ministre, l'auditeur conclut que la situation est objectivement problématique et rejette le moyen.

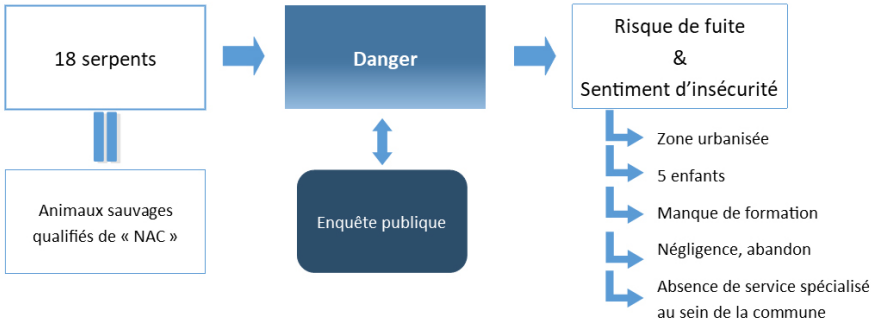


Figure 2 - Peut-on autoriser des serpents qui créent une incommodité dénoncée par l'ensemble du voisinage dans un milieu fortement résidentiel ?

C. Le Conseil : le danger objectivé par l'avis du fonctionnaire technique

La conception de la dangerosité qui sous-tend l'arrêt du Conseil d'État s'éloigne de celle de la partie adverse et de l'auditeur. Le danger est défini en termes de « risques que l'exploitation de l'établissement pourrait faire courir à l'homme ou à l'environnement ». Pour évaluer ce risque, l'autorité doit se livrer à un « examen objectif et concret de la situation ; elle doit ensuite apprécier si ce risque est admissible ». Le principe énoncé, le Conseil d'État s'appuie sur la seule appréciation pouvant, selon lui, être qualifiée d'objective : l'examen réalisé par le fonctionnaire technique. Ne sont pas considérés comme objectifs l'avis du conseil communal ou la décision du collège communal. Sont systématiquement opposés la définition technique et objective du fonctionnaire technique et l'appréhension subjective du danger qui émane de l'enquête publique. Selon le Conseil d'État, « le risque de fuite est réduit » puisque les terrariums sont équipés d'un système de fermeture efficace empêchant une ouverture involontaire. Ce risque n'étant pas totalement exclu, le Conseil d'État envisage l'éventuelle fuite des serpents. Celle-ci ne pourrait porter atteinte à la santé de l'homme et à l'environnement puisque les serpents ne sont pas venimeux et ils ne peuvent survivre en dehors de la chaleur des terrariums. La dangerosité des serpents est donc définie par les attributs propres aux espèces tropicales et non venimeuses sans que soit pris en considération l'environnement urbanistique, social et administratif de cette activité.

C'est à nouveau la rhétorique de l'objectivité qui est avancée par le Conseil d'État s'agissant d'examiner la seconde branche du moyen. Le sentiment d'insécurité ressenti par le voisinage et qui s'est exprimé au cours de l'enquête publique n'est, selon le Conseil d'État, pas une donnée objective valable et il ne suffit pas à constituer un risque pour la santé ou l'environnement justifiant un refus d'autoriser un établissement classé.

> « Considérant que l'examen objectif de la demande avait conduit le fonctionnaire technique à estimer que des risques pour la santé et l'environnement étaient admissibles ; que les motifs du refus donnés par le Ministre sont, d'une part, le risque de fuite mis en avant lors de l'enquête publique et, d'autre part, le sentiment d'insécurité dans le quartier, de nature à nuire à la qualité de la vie sociale et familiale des riverains, également mis en évidence dans l'enquête publique […]
>
> Considérant qu'en l'espèce, l'auteur de l'acte attaqué reproduit presque toute la motivation d'une proposition d'autorisation conditionnelle rédigée par le fonctionnaire technique ; qu'il a toutefois substitué un dispositif de refus à la proposition d'autorisation et remplacé quelques motifs de celle-ci par les deux derniers considérants de l'acte attaqué ; […]
>
> Considérant qu'en l'espèce, le Ministre n'indique pas en quoi les réclamations exprimant le sentiment d'inconfort des riverains s'appuieraient sur de tels éléments objectifs qui viendraient contredire l'analyse faite par son administration d'un risque de fuite réduit et maitrisable, analyse qu'il reprend par ailleurs à son compte dans l'arrêté attaqué ; qu'il y va d'une contradiction dans les motifs ; »

Le Conseil d'État annule l'arrêté du ministre en accueillant l'argument de la motivation contradictoire.

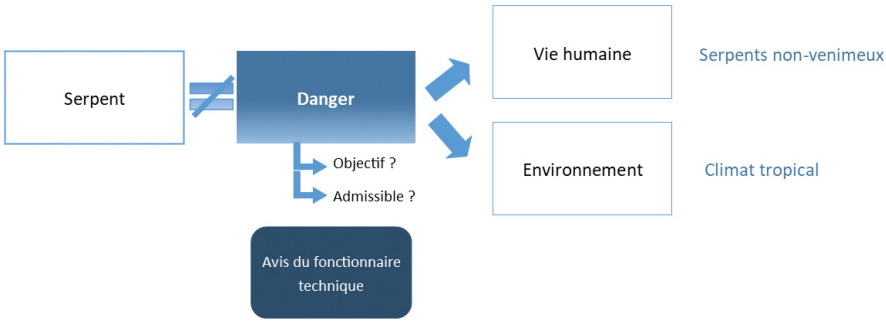


Figure 3 - Les serpents constituent-ils un danger objectif et admissible pour l'homme et l'environnement ?

III. La problématisation du cas à trancher

Faits et droit sont ordonnancés autour de questions qui posent problème. Ces questions permettent au magistrat de trier et de confronter les faits pertinents et les dispositions légales applicables. La synthèse des arguments des magistrats et de l'administration montre que les faits et les dispositions légales sont ordonnancés de

manière différente alors même que les faits, à savoir la détention d'une vingtaine de serpents, et le moyen unique[18] constituent la base commune du raisonnement.

L'auditeur nous guide dans cette plongée au cœur du raisonnement juridictionnel :

> « Le moyen ne vous donne pas la question. Parce que vous avez une norme générale, il faut la confronter, d'ailleurs généralement il y en a plusieurs, il faut la confronter, parce que c'est une question de cascade, le raisonnement passe d'une norme à l'autre. Il faut la confronter à un fait. Comment on va confronter les deux ? La confrontation des deux se fait sous forme d'une question. Ce qui pose un problème, c'est ça. Comment je vais poser ma question et donc orienter le raisonnement qui vient après. […] Il y a une façon très simple de dire : vos serpents ne sont pas venimeux donc il n'y a pas de dangers donc on peut les autoriser. Maintenant, c'est une façon de poser la question. On peut poser la question d'une manière plus complexe. On peut dire oui mais il n'y a pas que le danger pour la vie des êtres humains qu'il faut prendre en considération, mais si on fait une enquête publique, c'est peut-être parce qu'on tient compte aussi des inconvénients ou des incommodités pour le voisinage. Alors la question change. Ce n'est plus : "doit-on autoriser des serpents alors qu'ils ne sont pas dangereux ?", mais "peut-on autoriser des serpents qui créent une incommodité dénoncée par l'ensemble du voisinage dans un milieu fortement résidentiel où il y a des enfants ?", ça change. Je relie ça à une disposition qui ne parle pas uniquement de danger, mais d'inconvénient et d'insalubrité. Et puis, je peux poser la question, effectivement, il n'y a pas de danger si on est face à un collectionneur consciencieux. On sait que combien d'animaux ne sont pas abandonnés dans la nature. Est-ce que ça ne doit pas entrer en ligne de compte ? Donc vous voyez bien qu'à la façon dont j'ai posé la question va déterminer l'ensemble du raisonnement. Je peux encore poser le problème autrement : "est-ce que le voisinage peut s'opposer à la détention de serpents sur la base de peurs irrationnelles ?" ? Je réponds non et j'aboutis sur la conclusion inverse. Donc tout est dans la question. Vous sélectionnez la question, vous sélectionnez la réponse[19] ».

La problématisation agit comme un catalyseur de décidabilité, nous y reviendrons.

Se dégagent trois manières de poser le problème juridique : « Les serpents sont-ils venimeux ? » ; « peut-on autoriser des serpents qui créent une incommodité dénoncée par l'ensemble du voisinage dans un milieu fortement résidentiel ? » et

---

[18] Moyen qui dénonce l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, la contradiction dans les motifs, l'erreur manifeste d'appréciation ainsi que la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 22 de la Constitution, celle du principe générale de la proportionnalité, celle de de l'article 2 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

[19] Extrait d'entretien, auditeur 7 p. 15.

« le voisinage peut-il s'opposer à la détention de serpents sur la base de peurs irrationnelles ? ». La première pose la question de la dangerosité intrinsèque des serpents, la seconde complexifie la question en incluant des considérations urbanistiques liées notamment à la destination principale de la zone et la dernière s'intéresse moins aux dangers liés à la présence des serpents qu'au sort que doit réserver l'autorité administrative aux peurs irrationnelles du voisinage dans l'attribution d'un permis d'environnement. Apparaissent en filigrane des conceptions différentes de la dangerosité des reptiles. Ces conceptions s'appuient sur des ressorts cognitifs et des savoirs de nature différents. D'un côté, la dangerosité potentielle des serpents est appréciée de manière contingente s'appuyant sur des savoirs de sens commun. De l'autre côté, le danger est défini de manière biologique et technique en minorant les éléments de contexte.

La mise en exergue de la « question problème » fait apparaître trois ordonnancements des règles de droit applicables et de leur interprétation, des faits saillants du dossier et des solutions retenues par les différents protagonistes. La problématisation a un impact à la fois sur la manière de présenter les faits et sur les dispositions légales retenues.

Concernant la présentation des faits, selon la question problème retenue, l'accent sera mis sur l'efficacité des systèmes de fermeture et sur le caractère non venimeux des espèces pour les uns ou sur la densité d'occupation de la zone, l'absence de formation du propriétaire, l'inexistence de services de secours spécialisés à proximité, la propension de certains propriétaires à abandonner leur nouvel animal de compagnie ou sur le caractère constrictif des serpents. Propriétaire et serpents sont catégorisés de manière différente, le danger apparaissant sous des formes et récits variés.

À l'autre bout du raisonnement, le droit est présenté et interprété diversement. L'autorité administrative s'appuie sur les principes de prévention et de précaution afin de justifier le refus de permis. Le risque de fuite est corrélé à la dangerosité des serpents qui sont catégorisés comme non venimeux mais néanmoins dangereux pour la santé et l'environnement. L'auditeur adopte une conception plus large du risque en incluant les nuisances et inconvénients pour le voisinage, conformément à l'esprit du décret et à la *ratio legis* de l'enquête de voisinage. Enfin, le Conseil d'État annule l'arrêté ministériel en ce qu'il contient une motivation contradictoire. En effet, le Conseil d'État, se basant sur l'expertise réputée objective du fonctionnaire technique, considère le risque admissible.

CONCLUSIONS

En prêtant attention à l'opération de problématisation, le chercheur interroge nécessairement la dimension matérielle et pratique du raisonnement juridictionnel. Celui-ci revêt des caractéristiques peu présentes lorsqu'on le soumet à l'épreuve de la formalisation. Le raisonnement juridictionnel apparaît comme un processus itératif de co-sélection et de co-construction des faits et du droit qui mobilise des savoirs de nature différente et dont l'horizon pratique est la résolution d'un conflit traduit dans le langage du droit.

Il y a quarante ans, Walter Van Gerven décrivait déjà le processus de co-construction du fait et du droit.

> « Traiter un cas concret par le droit réclame que la règle applicable soit construite, complétée ou modifiée en fonction du problème posé. Aucun jugement de nécessité ne présidera au choix de cette règle. Confronté à une hypothèse précise, le juriste suivra conjointement deux voies qu'il veillera à faire se croiser en un certain point. D'un côté il essaiera de s'imprégner de la complexité du problème par la recherche des faits, leur ordonnancement chronologique, l'identification des parties officielles et non officielles, l'inventaire des comportements, des désirs – exprimés ou non –, et des intérêts en présence tâchant de les restituer dans le contexte social. Parallèlement, il tentera d'inventorier parmi les innombrables dispositions légales et principes de droit ceux qui, de prime abord, pourraient régler la situation litigieuse »[20].

Van Gerven insiste sur la centralité du problème, terme qui revient à deux reprises dans cet extrait. Appesantissons-nous un instant sur la recherche des faits. Présentés dans des exposés lisses et cohérents, les faits sont, dans les écrits de procédure, déjà débarrassés de leurs scories jugées non pertinentes pour l'application du droit[21]. Or, le travail décisionnel requiert des griefs concrets : « l'acte attaqué, *en ce qu*'il a dit ça, a violé telle disposition du moyen parce que… ». Le droit a besoin d'aspérités pour formuler un problème, il se nourrit de détails qu'il rend signifiants. La problématisation implique un double mouvement d'enrichissement/complexification et de sélection. C'est à la fois dans la complexité de l'affaire que le problème juridique émerge et que ce dernier circonscrit le périmètre de ce qui sera débattu. À travers la lecture, la compréhension, la mise en re-

---

20 W. van Gerven, *La politique du juge*, Swinnen, 1983, p. 112.

21 « La description des faits est limitée aux éléments pertinents pour une éventuelle application du droit, et elle est nécessairement conceptualisée. Ce que la vie comporte d'émotion, de singularité inédite qui ne se répétera plus, est éliminé, non parce que ces éléments ne sont pas communicables – l'art, la poésie, une relation affective nous les font partager –, mais parce qu'ils sont étrangers au magistère du droit. Voilà pourquoi le droit exproprie les faits. Ceux-ci sont dépouillés de ce qu'ils ont de propre, de singulier, d'individuel. » F. Rigaux, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, p. 49.

lation des pièces de procédure, de l'exposé des faits et des moyens, les magistrats construisent les faits juridiques. La question problème pose une trame narrative dans laquelle la solution au litige est déjà amorcée. Ne seront alors retenus que les faits qui répondent à cette double exigence d'être juridiquement pertinents d'une part et attestés par les pièces du dossier[22] d'autre part. Loin d'être un donné, les faits sont construits[23] et constituent le socle du raisonnement[24].

Ensuite, nous avons vu que le processus juridictionnel est de part en part un processus cognitif qui s'appuie sur des pratiques épistémiques[25] – interprétation, compréhension, classement, catégorisation – qui contribuent à tracer les chaînes inférentielles du raisonnement et mobilise des savoirs juridiques, experts et de sens commun[26]. Indispensables à la compréhension juridique de l'affaire, les catégories juridiques constituent avant tout des outils perceptuels de la réalité. Elles façonnent la perception des juristes[27] et influencent leur point de vue sur

---

[22] Pour un exposé approfondi de la manière dont sont rédigés les exposés des faits au Conseil d'État, voir J. Colemans, L'ordinaire du contentieux administratif. Analyse du processus décisionnel au Conseil d'État belge francophone, thèse de doctorat (ULiège) soutenue le 4 avril 2014 <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/164237/1/these%20version%20d%c3%a9finitive%20corrig%c3%a9e.pdf>.

[23] « Ce serait une grave erreur de croire qu'un fait puisse être « donné dans l'expérience ». Le fait est moins une constatation qu'une construction de l'esprit. À rigoureusement parler, les faits n'existent pas tout faits dans la nature comme les vêtements dans une maison de confection et le rôle du savant ne se trouve pas à les appeler tour à tour suivant les besoins de sa discipline, mais bien plutôt à les créer en quelque sorte en les isolant abstractivement du tout complexe dont ils font partie » (Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 10e éd., PUF, 1990, p. 339).

[24] Cette attention donnée au socle factuel tend à rapprocher cette analyse de la méthode casuistique. Selon Frédéric Rouvière, « la méthode casuistique […] privilégie comme point de départ le cas (et non la règle), s'intéresse à la construction du problème (et non au « donné ») et souligne le fait que les arguments sont inventés (et non déduits). […] À cet égard, le juriste ressemble plus au médecin qu'au mathématicien. La casuistique met l'accent sur l'adaptation face aux situations inédites plutôt que sur la reproduction de solutions déjà faites. Il ne viendrait d'ailleurs pas l'idée de dire à un médecin d'aller se former exclusivement en observant des patients dans un cabinet. En effet, sans savoir théorique préalable, notre apprenti-médecin ne saurait même pas quelles questions se poser ni quels symptômes détecter. Il saurait encore moins les interpréter. Il en va ainsi du juriste à l'égard des faits. Avant d'aller en clinique, le médecin comme le juriste doivent savoir quelles questions poser et quelles postures intellectuelles adopter », F. Rouvière, « Quelles méthodes pour l'enseignement du droit à l'aube du 21e siècle ? », *Les Cahiers Portalis*, vol. 1, n° 1, 2014, p. 48-49.

[25] Annelise Riles propose de saisir le droit comme des pratiques épistémiques, A. Riles, « Legal Knowledge » in D. S. Clark (dir.), *Encyclopedia of Law and Society*, Sage Pulications, 2007, p. 885-888.

[26] Cette distinction rappelle les activités qui interviennent dans la compréhension telle qu'Albert Ogien la définit. « La compréhension implique deux types d'activité : celui, premier, qui met en jeu ces opérations épistémiques de la connaissance ordinaire qui rendent publiques l'objectivité des significations déjà déposées dans le monde et celui, auxiliaire, qui est constitué par l'incessant travail d'interprétation que les individus mettent publiquement en œuvre en mobilisant à cette fin l'ensemble des conceptions et des savoirs de sens commun dont ils disposent », A. Ogien, *op. cit.*, p. 513.

[27] Ce qui donne à voir les perspectives constructivistes sous un autre angle, non plus uniquement normatif mais également cognitif et perceptuel. S'il est vrai que le droit, en tant qu'instance normative, crée un autre monde pour reprendre le fameux titre de Marie-Angèle Hermitte, il constitue aussi et surtout un monde d'interprétation et de perception idiomatique. « On constatera très vite

le monde. Autrement dit, le droit et ses catégories fournissent les instruments d'interprétation du monde. Ces dispositifs cognitifs[28] ne sont toutefois pas universels mais propres à une communauté de langage. Utilisés à toute fin pratique, ils s'ajustent, se confrontent et viennent parfois à se confondre avec nos représentations, les valeurs communément admises dans une société et à une époque, les savoirs de sens commun, les savoirs juridiques et leurs écoles de pensée, les scénarios typiques et les théories implicites. Aussi, comme on l'a vu, les membres d'une même institution pourront en avoir une appréhension différente.

Ainsi, pour le cas qui nous occupe, la manière dont le risque de danger est appréhendé et problématisé par l'administration, l'auditeur ou le juge puisent dans des savoirs de nature différente. Les savoirs techniques des experts sont mobilisés par le Conseil d'État tandis que la conception du danger mise en avant par la partie adverse s'appuie sur des savoirs de sens commun. Peu interrogés, car allant de soi, ces savoirs disponibles sont mobilisés mais peu conscientisés jusqu'à ce que survienne une controverse ou une incongruité.

> « *We human beings seem strangely unconscious – sometimes almost totally unaware – of many of the common categories that figure in our cognitive activities […] We experience the world as categorized and simply take this experience for granted, as given. Perhaps this is because categorizing in the process of the super-swift act of perceiving is too automatic to be caught by consciousness.*[29] »

Enfin, la problématisation est un catalyseur de décidabilité qui permet de mettre au jour les ressorts pragmatiques du raisonnement juridique. La question-problème opérationnalise le raisonnement juridique en rendant le problème juridique « décidable » selon les termes de Bruno Latour[30]. La problématisation agit comme nous l'avons largement vu comme instance d'intermédiation entre les faits et le droit, mais elle se trouve au cœur d'une autre paire moins théorisée mais tout aussi importante pour comprendre le raisonnement juridique : le couple problème-solution.

> « En matière de recherche, la première règle de méthode commande de distinguer deux étapes : il faut voir et poser les problèmes avant de chercher

---

que l'opération juridique fait subir à l'objet initial une transformation parfois considérable, ce que les sociologues appelleraient une construction, à ceci près qu'elle n'a pas de vocation explicative mais normative. […]. Le droit n'a pas l'ambition de la réalité, moins encore de la vérité, il réinvente un autre monde. » M.-A. Hermitte, « Le droit est un autre monde », *Enquête : anthropologie, sociologie, histoire, sociologie*, vol. 7, 1998, p. 17-38.

[28] Pour une approche cognitive du raisonnement basée sur les acquis de la psychologie cognitive, voir M. Cumyn et F. Gosselin, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill*, 62(2), p. 329-387.

[29] A. G. Amsterdam et J. Bruner, *Minding the Law*, Harvard University Press, 2000, p. 26-27.

[30] B. Latour *op. cit.,* p. 113.

> à les résoudre. Les étudiants sautent volontiers la première étape, car ils sont toujours trop pressés d'aller aux solutions. Pourtant un problème bien posé en droit est un problème à moitié résolu, alors qu'à l'inverse des développements qui ne sont pas la réponse à une question préalablement précisée sont bavardage et temps perdu. De plus, on pardonne aisément à un étudiant de ne pas avoir apporté une solution certaine à un problème, car en vérité le droit ne permet pas de résoudre grand-chose. En revanche, on lui pardonne plus difficilement de ne pas avoir vu et posé un problème[31] ».

Mettre en avant la matérialité et le caractère processuel du raisonnement juridique complexifie sa description et va à rebours des standards qui président à la rédaction de la théorie du droit et de la méthodologie juridique : ordonner et systématiser le droit. Ce qu'il perd en simplicité et en ordonnancement, il le gagne en compréhension de ce qui fait le propre du raisonnement juridique, à savoir, la fois la maîtrise technique d'un savoir particulier tout en étant inextricablement lié à des savoirs professionnels et de sens commun. Car en effet, le juge règle des problèmes humains retords à toute simplification excessive. Pour comprendre le fil – de la pensée juridique – qui a été retenu, il est parfois utile de plonger dans les nœuds qui emmêlaient les différentes voies possibles.

[31] F. Grua et N. Cayrol, *Méthode des études de droit. Conseils pour le cas pratique, le commentaire, la dissertation et la note de synthèse*, Dalloz, 2020, p. 33.

L'ISLAM CATÉGORISÉ PAR LE DROIT POSITIF

JUGER LA PERTINENCE D'ÉVOQUER LE RÉFÉRENTIEL ISLAMIQUE EN RAPPORT À UNE SÉRIE DE « FAITS »

Irene LIZZOLA
Doctorante en science politique, Sciences Po Bordeaux

Résumé : À travers l'analyse d'un contentieux administratif se déroulant dans plusieurs sites, nous décrivons un conflit d'interprétation portant sur l'islamité associée au port de la barbe d'un chirurgien stagiaire au sein d'un hôpital public français. En ce sens, nous étudions l'activation du référentiel islamique dans le cadre de la catégorisation opérée par les acteurs de la scène judiciaire sur l'objet de la barbe, différemment décrit comme étant un « signe religieux » ou un élément « esthétique » relevant du choix personnel de l'intéressé. Nous verrons que la scène judiciaire donne lieu à un désaccord sur la manière de rattacher les faits (et les « objets ») aux catégories du droit : ce conflit juxtapose deux visions opposées des principes de « laïcité » et de « neutralité » du service public.

Mots-clés : Laïcité – neutralité – conflits de catégorisations – référentiel islamique

Abstract *: Through the analysis of an administrative dispute taking place in several "dialogical sites" (Leudar and Nekvapil 2002), we describe the conflict between opposing interpretations concerning the "Islamic" frame of reference associated with the wearing of the beard of a trainee surgeon in a French public hospital. In this sense, we study the activation of the "Islamic" frame of reference within the framework of the process of legal classification operated by the actors of the judicial scene on the object of the beard, differently described as a "religious sign" or an "aesthetic" element of personal choice. We will see that the judicial scene gives rise to a "practical-moral disagreement" (Jayyusi 1984) on how to relate facts (and "objects") to the categories of law : this conflict juxtaposes two opposing visions of the principles of "laïcité" and "neutrality" of public service.*

Keywords *: Secularism (*laïcité*) – neutrality – conflicting categorizations – Islamic frame of reference*

INTRODUCTION

En 2013, la convention de stage qui lie un chirurgien égyptien[1] à un hôpital public français est résiliée par la direction hospitalière. Selon cette dernière, le chirurgien portait, au sein de l'hôpital, une barbe « imposante » à considérer comme étant un « signe religieux ostentatoire ». Face au refus du chirurgien de tailler sa barbe, la direction a alors considéré le stagiaire comme contrevenant au respect des principes de « laïcité » et de « neutralité » du service public s'imposant à « tout agent public »[2].

L'affaire a attiré l'intérêt des médias et du Collectif contre l'islamophobie en France (CCIF), ce dernier étant l'instance qui, à travers l'une de ses avocates-membres, a suivi l'affaire et soutenu l'intéressé depuis le début du contentieux.

À partir de l'analyse des pièces composant le dossier judiciaire[3], nous allons analyser le rapport s'instaurant entre le référentiel islamique et les catégories du droit telles qu'elles sont mobilisées lors des échanges situés entre les acteurs. Ce qui nous intéresse de décrire, c'est le « tramage des pertinences »[4] propre à ce contentieux et le « réseau dialogique »[5] qui s'est développé à partir de l'usage du référentiel islamique pour qualifier la barbe portée par l'intéressé.

La pluralité des voix et l'intertextualité des objets font « réseau » et créent des interconnexions thématiques, logiques et séquentielles entre des différents arguments, catégories et références normatives à saisir dans leur pertinence située et dans leur emploi simultané. Ainsi, nous allons étudier le contentieux dans son caractère situé à l'intérieur de plusieurs « sites » ou objets dialogiques (la salle d'audience, les éléments du dossier) et dans le « tramage de pertinences » qui relie entre elles plusieurs références à des évènements, à d'autres contentieux et à des thématiques qui acquièrent une raison d'être (et une pertinence) dans le cadre des discussions entre les acteurs.

---

1 Tout au long de l'article, nous utiliserons l'appellation « Monsieur B. » pour faire référence au chirurgien.

2 L'intéressé a formulé un recours devant le Tribunal administratif, qui a rejeté la requête ; il a ensuite fait appel à la Cour administrative d'appel, qui a également rejeté sa demande d'annulation de la décision de résiliation de la convention.

3 Le matériel analysé dans l'article a été collecté dans le cadre d'un travail de terrain conduit de janvier 2015 à mars 2018 en suivant le travail de l'avocate-membre du CCIF chargée de défendre Monsieur B. devant les instances administratives.

4 B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Délibérer sous la coupole. L'activité parlementaire dans les régimes autoritaires*, Contemporain publications, Presses de l'IFPO, Beyrouth, 2014, p. 30.

5 I. Leudar et J. Nekvapil, « On dialogical networks : Arguments about the migration law in Czech mass media in 1993 », in S. Hester et W. Housley, *Language, Interaction and National Identity*, Ashgate, 2002. En partant de la perspective de l'analyse conversationnelle, la théorisation des réseaux dialogiques permet d'élargir le spectre des conversations au-delà du présentiel en montrant que les discours sont situés dans des « sites dialogiques » interconnectés par les biais du partage de cadres de référence, de dispositifs catégoriels, de récurrences sémantiques.

L'article se divise en deux parties principales, qui se concentrent sur l'analyse des catégories sortant des échanges entre l'administration et l'intéressé (et préalables au recours en justice) et sur celles qui relèvent du passage du droit qui s'opère dans le cadre du contentieux porté devant les instances de la justice administrative. La première partie analysera la trajectoire des catégorisations portées sur la barbe de l'intéressé, alors que la deuxième partie portera sur l'étude de ce qui relève de la discussion autour du ressort de l'administration publique et les attributions catégorielles concernant ce dernier, à la fois reconnu comme étant « médecin » et, plus ou moins implicitement, « musulman » (les deux catégories, ensemble avec celle de « agent public », sont employées de manière dichotomique).

Ce qu'il nous intéresse de souligner est l'écart existant entre l'attribution du référentiel islamique au comportement et à la barbe de Monsieur B. – attribution opérée par l'administration hospitalière – et la négation de la pertinence du recours à ce référentiel, soutenue par l'intéressé et par son avocate.

Nous verrons qu'une normativité islamique concernant le port de la barbe et la signification à y attribuer fait l'objet d'opinions contrastantes : d'un côté, l'intéressé revendique une normativité de type esthétique (en associant sa barbe au fait de suivre la mode *hipster*) et accuse l'administration d'adopter une attitude discriminatoire en raison de son appartenance religieuse, de l'autre l'administration revendique le bien-fondé de son action, inspirée au respect du principe de l'égalité de traitement, auquel elle est tenue vis-à-vis de la totalité des personnels.

En suivant l'itinéraire discursif des catégories associées à l'individu et relatives au port de la barbe, nous aurons l'opportunité d'aller au cœur du contentieux et de saisir quelles typologies de facteurs contextuels et d'argumentaires sont employés par les parties pour décrire, catégoriser et associer à la barbe des connotations et des motivations différentes.

I. L'arrière-plan conceptuel

Contrairement aux intentions d'autrui, indisponibles à notre saisie, la normativité qui gouverne les interactions est intelligible par les acteurs et observable par le regard réflexif de l'analyste.

Cette intelligibilité permet la compréhension réciproque, cette « réciprocité des perspectives »[6] qui réside au fondement même de l'interaction.

Les énoncés sont pris en compte dans leur « ordre situé »[7] et dans la logique inférentielle des attributions catégorielles qui s'y opèrent. Il n'est pas question de tracer des historiques des faits qui seraient capables d'expliquer en eux-mêmes l'émergence d'un tel thème au cours d'une conversation : au contraire, il s'agit de

[6] B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités. Les pratiques communicationnelles de l'appartenance politique, ethnique et religieuse,* EAC, Paris, 2008, p. 249.

[7] B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Délibérer sous la coupole*…, *op. cit.,* p. 39.

souligner comment les pertinences se fabriquent en tant que telles au sein des interactions, grâce à ce qui est disponible et partagé, le « savoir commun »[8].

Les catégories employées par les acteurs et les discours portés sur des individus et leurs actions, ainsi que, de manière générale, sur des faits, sont différemment mobilisées par les interlocuteurs et souvent, dans la logique du propos et de sa réplique, elles se configurent comme étant « contrastives »[9] et elles peuvent participer à la construction de « paires catégorielles disjonctives »[10], en donnant lieu à des propos et à des discours « allomorphes »[11] qui relatent le même événement.

Ce qui limite les possibles variations de « faire compte rendu » réside dans l'existence de « dispositifs généraux »[12] encadrant la perception et définissant les limites de l'audibilité d'une version des faits.

L'acceptabilité d'un propos et d'une attribution catégorielle se mesure, par conséquent, dans l'écart que cette formulation entretient avec l'identité catégorielle communément acceptée : si cette dernière est mise en question dans son dispositif d'attribution catégorielle, au point de remettre en question la logique à la base de sa constitution, nous pouvons constater l'émergence de « catégories révolutionnaires »[13], à haut potentiel transformatif, qui jouent le rôle de briseurs des limites et des barrières communément acceptées de la descriptibilité d'une catégorie et de l'audibilité d'un fait. Elles peuvent également remettre en question l'association entre une catégorie d'individus et une typologie d'action, en rendant le lien entre les deux non plus logique et conséquent.

Les identités sont des accomplissements pratiques des membres impliqués dans des interactions et l'ordre qui se crée lors de ces dynamiques communicationnelles s'accomplit *in situ*. La prise en compte du contexte d'énonciation dans lequel les catégories sont inscrites, nous permettra d'en expliciter les mécanismes d'emploi, ainsi que le sens pratique qu'elles acquièrent pour les acteurs.

---

8 B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.,* p. 249.

9 B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.*, p. 252.

10 Dans les paires catégorielles disjonctives, les parties de la paire sont organisées de manière dichotomique (si elles se réfèrent à la même personne) ou asymétriques (si les deux parties de la paire se différencient en termes de connaissances, de droits). In L. Jayyusi, *Catégorisation et ordre moral*, Économica, coll. « Études Sociologiques », 2010, p. 172.

11 Les « comptes rendus allomorphes » ou « isomorphes » sont les variantes d'un même récit (se produisant dans le cadre médiatique, judiciaire, des interactions ordinaires etc.) qui présentent des traits de contraste et de différenciation entre eux (« allomorphes ») ou bien des similitudes et des répétitions (« isomorphes ») - F. Dretske, « Laws of nature », *Philosophy of Science*, 1977, p. 248-268 (in B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.,* p. 43).

12 B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.*, p. 43.

13 H. Sacks, « Hotrodder : a revolutionary category », in G. Psathas (dir.), *Everyday language : Studies in ethnomethodology*, Irvington Publishers, 1979, p. 7-14.

Le dossier judiciaire constitue lui-même un « objet dialogique »[14] susceptible d'être soumis à l'analyse. Ainsi, un nombre d'éléments faisant partie du dossier seront analysés dans leur ordre séquentiel, dans leur caractère dialogique et intertextuel.

Le contentieux est, pour sa nature, un « contexte allomorphiquement sensible »[15]. Son analyse va porter sur les trajectoires des catégories autour desquelles il tourne : d'un côté, les catégorisations portées sur l'objet « barbe » et les attributs qualificatifs qu'y sont associés par les différentes parties (et, en particulier, sa relation avec la qualification juridique de « signe religieux extérieur ostentatoire ») ; de l'autre côté, la catégorie d'« agent public » et celle d'« administration publique », qui font l'objet d'appréciations souvent contrastives sur la base de ce qui, selon l'avis des parties, relèverait de leurs compétences, droits et devoirs ; les catégories de « médecin/stagiaire/chirurgien », qui évoquent l'enjeu de l'attribution et mise en discussion de la compétence professionnelle.

Pour rendre compte du caractère dialogique du réseau, nous allons poursuivre l'analyse du matériel en présentant l'enchaînement séquentiel de comptes rendus allomorphes tel qu'il se présente dans cette affaire. Les reformulations des faits et des catégories employées agissent en continu et se produisent tout au long du déroulement de l'affaire.

II. La trajectoire de la catégorisation portée sur l'objet « barbe »

A. Le contraste entre l'administration et Monsieur B. (1er temps)

Dans le premier compte-rendu de réunion entre la direction hospitalière et Monsieur B., ce dernier évoque le fait que, d'après lui, sa barbe serait à considérer « en dehors de la loi », en voulant souligner que le port de la barbe n'a aucun rapport avec les « textes de loi » ; ce serait une action ordinaire et personnelle, complètement légitime, qui ne pourrait être jugée ou cadrée selon les catégories du droit positif (ex. la catégorie de « signe religieux ostentatoire »).

L'écart entre l'autorité des textes législatifs et la décision considérée comme subjective de la direction de l'hôpital est employé par Monsieur B. pour décrédibiliser la position de cette dernière. Dans sa lettre de contestation en réponse au compte rendu susmentionné, Monsieur B. formule son propre compte rendu des faits. Il dit avoir opposé, à l'occasion de la réunion du 10 octobre, l'idée du port

[14] B. Dupret (*Le Jugement en action*, Librairie Droz, 2006, p. 307) emploie le concept de « réseau dialogique » pour analyser la structuration et la composition intertextuelle, dialogique et séquentielle des dossiers judiciaires. Les pièces contenues dans un dossier font preuve de « cohésion thématique », étant construites sur la base « d'expressions partagées, de remplois de structures argumentatives et de structures séquentielles ».

[15] La formule indique « tout contexte dans lequel il y a une différence/un différend qui provient d'une trajectoire narratologiquement dense d'évènements et d'actions ou s'y trouve enchâssée ». In B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.*, p. 44.

de la barbe comme « atteinte au principe de laïcité » (propos de la direction) à l'« atteinte grave à une liberté individuelle » et à l'« immixtion dans la vie privée ».

La longueur de la barbe de Monsieur B. est décrite comme étant le facteur qui pourrait la faire considérer « de type islamique » (d'où la recommandation de la tailler). Le lien créé entre la longueur de la barbe et sa présumée « islamité » trace un rapport de conséquence entre la conformation de la barbe telle qu'elle peut être vue et regardée de l'extérieur et son caractère « islamique », tiré du fait que la barbe serait « abondante ». L'équation faite entre la « barbe longue » et la « barbe islamique » prend en compte également ce que les usagers du service public pourraient penser d'une barbe longue portée par un individu d'origine égyptienne, ne maîtrisant pas assez le français, et de présumée confession musulmane.

La connexion faite n'est pas pour autant logique : cela ne va pas de soi qu'une barbe, en raison de sa taille, soit perçue comme étant « de type islamique ». Nous retrouvons ici une typologie de connexion catégorielle qui opère par « transitivité »[16] et par la prise en compte d'une lecture stéréotypée de la réalité. Cette transitivité est contestée par l'avocate du chirurgien, qui en évoque le potentiel caractère discriminatoire et qui remet en question la liaison « logico-programmatique »[17] qui existerait entre le port de la barbe longue et l'appartenance à la religion musulmane (l'appartenance à la catégorie « musulman »). Comme il est expliqué par G. David et P. L. Jalbert, l'usage de ces catégories invoque « la logique d'un ensemble préexistant de relations catégorielles […] construites de manière préjugée pour n'avoir que l'apparence de ces propriétés relationnelles et liées »[18].

> « Au cours de ces entretiens [du 2 et du 10 octobre 2013], la directrice des affaires médicales lui [Monsieur B.] a expliqué que le caractère ostentatoire de sa barbe se heurtait aux principes de laïcité et de neutralité qui s'imposent en France à tout agent public, quel que soit son statut, au sein d'un établissement public de santé tel que le Centre Hospitalier de [nom du département]. Elle lui a également indiqué que l'environnement multiculturel de l'établissement (le centre hospitalier accueille des patients de 105 nationalités différentes) rendait l'application de ces principes de neutralité et de laïcité d'autant plus importante[19]. »

[16] G. David et P. L. Jalbert, « Inverser la dégradation : les tentatives de "réhumanisation" des Américains arabes et musulmans », in B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.,* p. 144.

[17] G. David et P. L. Jalbert, *op. cit.*, p. 142.

[18] En parlant de « stéréotypes », les auteurs soulignent qu'il n'y a rien d'intrinsèque dans des groupes ethniques ou raciaux « qui rende la moindre de leurs activités prédictibles ou leur confère un caractère particulier » (voir *supra*, p. 142).

[19] Extrait de la lettre adressée au directeur de l'agence régionale de santé par la direction de l'hôpital. Le texte reprend le contenu de la lettre du 24 octobre, déjà repris dans celle du 13 février.

L'administration souhaite prévenir les troubles qui pourraient surgir à partir des perceptions des tiers (personnel médical/usagers du service) à l'égard de la barbe portée par Monsieur B. Ces troubles pourraient se traduire dans l'émulation de l'acte de Monsieur B., une conséquence difficile à gérer dans le cadre d'un « environnement multiculturel » où d'autres revendications de manifestation de l'appartenance religieuse pourraient se développer.

Ce qui fait « environnement multiculturel » est la présence de patients de « 105 nationalités différentes », c'est-à-dire la présence d'un grand nombre d'usagers du service provenant de pays différents. La différence en termes de provenance est indiquée comme étant un facteur générateur de multiculturalisme. La paire « provenance (différenciée)/(multi)culture » – deux parties de la paire dont l'interdépendance « va de soi » pour l'administration – repose sur l'association de l'« origine » d'une personne à sa « culture ». Dans les énoncés de l'administration, l'appartenance nationale et la culture sont liées à la religion (« … rendait l'application de ces principes de neutralité et de laïcité d'autant plus importante ») : (multi) provenance équivaut à (multi)culture et, par transitivité, à (multi)appartenance religieuse. Provenance, culture et religion sont liées dans une logique d'interdépendance qui conduit à associer de manière séquentielle et consécutive l'identité nationale, culturelle et religieuse d'une même personne.

B. Le « passage du droit » via le recours en justice (2e temps)

Dans son jugement, le Tribunal administratif (TA) conteste l'utilité et la représentativité de la preuve apportée par Monsieur B. (une série d'échanges de courriels) pour démontrer que ses collègues n'auraient pas été inquiétés par sa barbe. Pour le Tribunal, la question centrale est de savoir « si les praticiens hospitaliers auraient estimé que la barbe qu'il portait n'aurait pas permis aux usagers de douter de la neutralité du service ».

La discussion portée sur la barbe de Monsieur B. se développe ultérieurement dans le mémoire adressé par l'avocate à la Cour administrative d'appel. L'avocate emploie ici le témoignage d'un ami à elle, architecte, Monsieur S.[20], qui raconte son histoire personnelle liée à la perception que sa barbe a suscité aux yeux de ses collègues. Le port d'une « barbe fournie » est dicté, pour Monsieur S., par un « choix purement esthétique » (une question de « style », de « look »).

Dès les premiers alinéas du texte, Monsieur S. évoque le fait qu'il est « brun, d'origine roumaine et de type méditerranéen », en élargissant ainsi la discussion

Dans cette lettre, la directrice de l'hôpital demande à son supérieur de saisir l'affaire en conseil de discipline et de procéder à la résiliation de la convention de stage.

[20] Comme Monsieur B., le témoin travaille dans un établissement public. Dans son récit, il raconte comment le fait d'avoir laissé pousser sa barbe a suscité des remarques concernant ses intentions, formulées ainsi par sa supérieure : « Je vous préfère sans barbe, ou en tout cas moins longue. Là on dirait vraiment un musulman intégriste ».

autour du port de la barbe à la considération, plus large, de son apparence physique[21]. Un lien est tiré entre le « nom », les « origines », le « type » d'apparence physique du témoin et la perception externe du port de la barbe. Le témoignage insiste sur la non-légitimité de l'association entre la « barbe longue » et le caractère islamique de cette dernière. Celui-ci serait perçu à partir de la considération d'ensemble de l'apparence physique et des origines de la personne, ces facteurs conduisant à percevoir l'intention derrière le port de la barbe comme étant dictée par le respect d'une normativité islamique et non pas esthétique (cette dernière étant revendiquée par l'intéressé)[22]. Ainsi, le témoignage renforce l'idée selon laquelle il ne serait pas légitime d'estimer que la personne qui porte la barbe pourrait, à juste titre, être considérée comme « musulmane », car il n'existe pas de lien logique entre l'action et la catégorie et l'appréciation à l'égard de l'appartenance religieuse de la personne est non seulement aléatoire mais aussi discriminatoire (car cette même personne perd son poste de travail).

Les éléments corporels et matériaux sont des « sites moraux »[23] : en ce sens, la barbe peut être prise en compte dans la multiplicité de comptes rendus allomorphes et dans les catégories disjonctives qui se développent à partir de l'interprétation de la qualité de l'intentionnalité de son usage. Ce « site » se situe à l'intérieur du « contexte allomorphiquement actif »[24] du contentieux, à l'intérieur duquel il y a des différends provoqués par l'interprétation différentielle de l'un ou plusieurs éléments qui constituent les trajectoires d'actions ; dans ce cas, l'intentionnalité et la nature du port de la barbe.

Dans le texte du mémoire, l'avocate ajoute au mémoire précédent (adressé au TA) un paragraphe intitulé « Sur l'application du principe de laïcité ». Dans ce paragraphe, elle revient sur ce qui constitue (ou pas), d'après elle, une atteinte aux principes de laïcité et de neutralité de l'espace public :

> « Or, une barbe imposante ne revêt pas systématiquement de caractère religieux.
>
> En effet, dans son témoignage, Monsieur S., exerçant la profession d'architecte, s'était vu reproché par son employeur le port d'une barbe imposante, au motif qu'elle donnait le sentiment qu'il arborait le style des intégristes

[21] Le témoin dit : « Si mon nom de famille est connu, il a déjà pour effet de cristalliser les remarques ou blagues autour de la communauté Roms ; il n'a pas fallu longtemps pour que du fait d'une barbe de plus en plus présente, d'aucuns m'interrogent sur une volonté de ma part d'affirmation d'une appartenance religieuse ».

[22] Il précise dans le texte du témoignage : « Sans religion de fait par choix de mes parents, je n'ai jamais rien revendiqué à ce sujet. Le fait de faire pousser ma barbe est ainsi perçu comme un acte ostentatoire par nombre de personnes dans mon entourage professionnel avec les remarques quelque peu apeurées de certaines visant à créer l'amalgame entre un choix esthétique et une éventuelle aspiration idéologique ».

[23] L. Jayyusi in B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.,* p. 60.

[24] L. Jayyusi in B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.*, p. 44.

> islamistes. Rapidement, l'employeur de ce dernier est revenu sur sa position et s'est excusé auprès de Monsieur S., au motif qu'il avait tenu des propos à son égard qui ne pouvait relever que de préjugés sur une catégorie de personnes en raison de leur appartenance vraie ou supposée à une religion, pour le simple fait d'arborer une barbe imposante (Pièce n° 38).
>
> Ainsi, le port des barbes imposantes est une mode adoptée par les *hipsters*, quelle que soit leur origine culturelle, leur race, leur nationalité ou leur religion.
>
> Ainsi, à aucun moment il n'a été démontré que le port de la barbe représenterait une atteinte au principe de la laïcité.
>
> Le requérant ne confère aucun caractère religieux à sa barbe.
>
> De même, de nombreux musulmans pratiquants n'arborent aucune barbe.
>
> Le port de la barbe n'est pas codifié en islam. »

La stratégie défensive construite par l'avocate vise à dissocier la « barbe longue » de la qualification de « barbe revêtant d'un caractère religieux ». À ce fin, l'avocate avance la catégorie *hipsters*, qui identifie un groupe de personnes pour lesquels la « barbe imposante » acquiert un caractère normatif et relève d'un choix que les membres du groupe font pour s'identifier par rapport à un style[25].

La catégorie révolutionnaire *hipster* oppose de manière dichotomique la catégorie revendiquée par l'intéressé (« *hipster*/aimant de la barbe longue ») et celle qui lui est attribué de l'extérieur (« musulman »). L'évocation de la possible appartenance de Monsieur B. à la catégorie *hipster* permet de regarder le port de la barbe sous un autre angle : à la différence de la catégorie de « musulman » (désignateur individuel), la catégorie *hipsters* (un « désignateur de groupe »[26]) impliquerait, en soi, de penser les occupants de la catégorie comme des individus qui peuvent porter la barbe au nom d'un souci esthétique. Ainsi, la normativité esthétique acquiert une préséance sur celle de type religieux dans l'évaluation des motivations du port de la barbe.

Monsieur B. est présenté comme ne revendiquant pas de caractère religieux pour sa barbe ; en outre, le port de la barbe n'est pas imposé ou codifié par la religion musulmane, précise l'avocate[27].

La catégorie de « musulman pratiquant » est divisée en elle-même, sur la base du fait que certains occupants de la catégorie portent une barbe et d'autres non : cela signifie que le port de la barbe n'est pas à considérer comme étant un attribut lié à la catégorie.

---

25 Cela s'opère de manière dissociée de l'« origine culturelle », de la « race », de la « nationalité », de la « religion » de chaque participant au mouvement, précise l'avocate.

26 L. Jayyusi, *Catégorisation et ordre moral*, *op. cit.,* p. 64.

27 Elle dit : « des nombreux musulmans pratiquants n'arborent aucune barbe » ; « le port de la barbe n'est pas codifié en Islam ».

Au cours de l'audience devant la Cour d'appel, l'avocate, ayant préparé sa plaidoirie en connaissance des conclusions de rejet du Rapporteur, évoque le fait que le port de la barbe, selon la jurisprudence du Conseil d'État, relève d'un « choix subjectif ». Non seulement Monsieur B. serait donc légitimé à porter une barbe longue au sein de l'hôpital mais sa barbe ne devrait pas faire l'objet d'une association automatique au respect d'une normativité islamique.

La catégorie *hipster* est employée par l'avocate pour révolutionner la perception concernant la barbe de son client, considéré à la fois musulman et *hipster*: musulman par l'administration de l'hôpital, le TA et le Rapporteur, *hipster* par lui-même et sa défense. Les deux catégories appliquées à l'intéressé sont dichotomiques : la première, « musulman », est problématique alors que la deuxième est acceptable au sein du service public (nous pouvons lire cette dichotomie à travers l'opposition agent public musulman/agent public *hipster*, les deux considérés à partir du port de la barbe).

La catégorie *hipster* est une « catégorie révolutionnaire »[28], visant à faire basculer les critères de la perception partagée et validée entre administration et autorité judiciaire. Cette catégorie déplace la perception de la normativité religieuse à celle de type esthétique, cette dernière étant non-problématique et rendant la barbe longue comme un élément qui peut être porté par « tout le monde » (et non seulement pas les personnes de confession musulmane). Ainsi, le référentiel esthétique permet de considérer l'intéressé « comme tout le monde », au lieu d'évoquer sa présumée identité religieuse.

G. David et P. L. Jalbert[29] décrivent deux différents procédés d'inversement de la « dégradation » du statut d'un individu par le biais de sa catégorisation, que nous prendrons en compte comme processus permettant la transformation catégorielle.

Le premier procédé consisterait à « défaire la transitivité catégorielle qui va des personnes aux activités en démontrant que les personnes qui appartiennent à ces catégories ne sont pas prédéterminées, sur la base de cette appartenance, à s'engager dans les activités en question »[30]. Nous pouvons retrouver ce procédé dans la contestation, de la part de l'avocate, de l'association de l'activité du « port de la barbe longue » à la catégorie de « musulman ». En effet, si nous considérons la paire « *hipster*/musulman », l'activité du port de la barbe n'est pas catégoriellement exclusive, du moment qu'elle peut être entreprise par les deux catégories. C'est le partage de cette « activité » qui rend l'usage de la catégorie *hipster* pertinent : vue la non-exclusivité catégorielle de cette activité, l'avocate conteste le raisonnement administratif et judiciaire qui interprète cette dernière comme si elle était exclusive de la catégorie « musulman » (et comme si elle en découlait quant à sa motivation).

---

28 Voir *supra*, p. 8.

29 B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.,* p. 145.

30 *Idem*.

Le deuxième procédé consisterait à démontrer que les gens qui relèvent de ces catégories sont « comme les autres », par le biais du fait de « lier ces catégories à des activités qui sont perçues comme liées à "nos" catégories »[31], en normalisant la perception de l'action. Ce deuxième stratagème est employé par l'avocate souhaitant démontrer que la barbe, considérée sous l'angle du référentiel esthétique, est de nature à être portée par tout le monde. De ce fait nous pouvons arriver à considérer que même un musulman peut porter la barbe pour un simple fait esthétique.

L'avocate conteste le fait qu'un trait généré contextuellement, dans certains cas, par une catégorie (le port de la barbe, par la catégorie « musulman ») soit perçu comme un trait conventionnellement lié à cette même catégorie, en dépit de l'avis de la personne directement concernée par l'appréciation (l'individu portant le « signe »). L'avocate conteste ainsi une production de « préjugé »[32].

III. L'attribution de droits et devoirs à la catégorie de « agent public » et son rapport avec la catégorie de « médecin »

A. Le contraste entre l'administration et Monsieur B. (1er temps)

Dans le compte rendu de réunion du 10 octobre, il est reporté que Monsieur B. « souhaite que soit précisé dans le compte rendu de cette réunion qu'il estime respecter les principes de laïcité et de neutralité »: dans ce propos, nous retrouvons la manifestation d'une « solidarité sans consensus »[33], car les deux parties, l'administration et Monsieur B., estiment respecter les principes de neutralité et de laïcité. Suite à cela, l'intéressé exprime sa position vis-à-vis des actions de l'administration, au sein de sa lettre de contestation:

> « Il convient de souligner qu'en l'espèce, Mme V., agent de la fonction publique hospitalière soumise au principe de neutralité, contrevient allègrement à ce principe qu'elle m'oppose puisque la position personnelle adoptée ainsi que son interprétation libre et arbitraire de ce qu'est ou pas un signe religieux soulève dès lors la question du respect du principe de laïcité par le dit agent et du principe des libertés individuelles.
>
> Pourtant, le Préambule de la Constitution de 1946 énonce que: "Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances" ».

---

31 B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.,* p. 146.

32 L. Jayyusi, *Catégorisation et ordre moral*, *op. cit*., p. 191.

33 Ce concept indique « l'utilisation des mêmes références et des mêmes symboles pour dire des choses différentes ». In B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.,* p. 9. D. I. Kertzer, *Ritual, politics, and power*, Yale University Press, 1988

L'autorité des textes, présents (le Préambule de la Constitution de 1946) ou absents (« aucun texte prévoit » que la barbe soit considérée comme signe manifeste d'appartenance religieuse, selon Monsieur B.), est employée par l'intéressé pour contredire l'avis « libre et arbitraire » de la direction de l'hôpital. La catégorie de « agent de la fonction publique » est ainsi mobilisée en opposition à l'usage qu'en est fait par l'administration : d'un côté, Monsieur B. dit que l'administration, en tant que « agent de la fonction publique », contrevient aux principes de neutralité et de laïcité en s'exprimant à propos du port de la barbe, qui relève du « choix personnel », d'autre côté, l'administration dit que Monsieur B. contrevient aux mêmes principes en manifestant son appartenance religieuse par les biais du port de ce signe.

Monsieur B. commente le caractère « illégal » de l'appréciation formulée par la direction de l'hôpital :

> « Il convient donc de rappeler qu'au terme du principe de laïcité et de son corollaire le principe de neutralité, il n'appartient pas à un agent de la fonction publique de décréter ce qui relève ou non du religieux en raison de la loi du 9 décembre 1905 portant séparation des Églises (c'est-à-dire cultes) et de l'État. Il y a ici une ingérence dans le domaine privé qui outrepasse la mission de l'agent qui ne doit certes en aucun cas faire preuve de partialité à l'égard des usagers du service public mais aussi à l'égard du personnel. Partialité qui se manifeste clairement en l'espèce puisque Mme la directrice adjointe a à plusieurs reprises exprimé son appréciation et son interprétation libres quant à ma barbe en raison de mon "aspect physique" ».

Pour la première fois, Monsieur B. fait référence aux raisons qui pourraient avoir conduit la direction à estimer que les usagers/les personnels de l'hôpital pourraient percevoir sa barbe comme manifestant une appartenance religieuse : la raison réside dans l'association de sa barbe à son « aspect physique » (l'allusion est faite au fait qu'il soit reconnu comme étant musulman à partir de ses traits physiques et de la connaissance de son appartenance nationale).

Le texte du compte rendu de la réunion du 14 octobre contient une explicitation ultérieure de la « logique institutionnelle » de l'établissement hospitalier. Ainsi, les « représentants de la communauté médicale » (les médecins présents au moment de la réunion) déclarent partager l'orientation de la direction consistant dans un « strict respect de la laïcité dans un établissement public de santé », où l'agent public doit obligatoirement être « d'apparence neutre, vis-à-vis de ses collègues et des patients ». L'avis des « représentants de la communauté médicale » tire sa légitimité du fait que les médecins présents sont des « agents publics » comme Monsieur B., tenus aux mêmes devoirs et aux mêmes obligations de neutralité. Ceux-ci « représentent » la totalité des autres membres de la « communauté médicale » et ils y appartiennent au même titre que Monsieur B. Leur parole (et celle de la direction) est opposée à celle de Monsieur B.

Un médecin participant à la réunion exprime son avis quant au « devoir d'exemplarité » auquel les médecins sont tenus vis-à-vis des « autres professionnels » et des « patients ». La catégorie « médecin » est considérée sur un plan de primauté morale par rapport aux autres acteurs qui apparaissent dans l'espace public de l'hôpital. D'après ce médecin, l'exigence de « bon fonctionnement du service » prime sur l'« organisation des services compatible avec les convictions religieuses des uns et des autres, en bonne intelligence ». Sa réflexion ébauche la considération du fait que Monsieur B. ne montrerait pas vouloir respecter et reconnaître ces mêmes exigences : le médecin invite à considérer la posture de Monsieur B. comme étant problématique par rapport à ce qui est communément attendu de la part d'un « médecin/agent public » au sein de l'établissement.

Nous retrouvons ici l'expression de ce que H. Sacks[34] qualifiait comme un système catégoriel conçu « par un nom prototypique d'"équipe" » : l'équipe de la « communauté médicale » dont les médecins/les présents à la réunion font partie (ainsi que Monsieur B.), tout en définissant une unité de point de vue exprimé en son sein quant à l'affaire d'un membre, sert d'une part à légitimer la prise de parole et l'autorité des membres présents à la réunion et qui s'expriment comme s'ils étaient les porte-paroles de cette « unité », de l'autre à souligner la nécessaire exclusion de Monsieur B. de cette communauté, dont l'avis unitaire se produit « en miroir »[35] de la position soutenue par le médecin, tout en s'y opposant.

La catégorie de « médecin » est revendiquée par Monsieur B. pour cadrer et définir son travail au sein de la structure hospitalière, dans l'intention d'orienter la lecture de son interlocuteur (la directrice) à la considération de sa présence au sein de l'hôpital comme étant non-problématique et comparable à celle de tout autre médecin impliqué dans une activité professionnelle et de formation.

L'emploi de ces catégories est fait de manière contrastive et s'exerce « en réponse » à l'administration de l'hôpital. Cette dernière dévient ainsi incapable, du point de vue de Monsieur B., de lui reconnaître sa compétence et par conséquent de lui réserver un traitement « comme à tout autre médecin ». Monsieur B. dénonce le traitement différencié qui lui est réservé par son supérieur hiérarchique : telle contestation se traduira, dans le langage « précis » du droit positif, en accusation de « discrimination ».

B. Le « passage du droit » via le recours en justice (2e temps)

La catégorie « agent public » englobe à la fois la direction de l'hôpital, les personnels et Monsieur B., stagiaire associé dans la structure hospitalière. La catégorie est divisée en elle-même sur la base de la considération de quel agent public doit pouvoir décider quant au « caractère religieux » de la barbe portée par Monsieur B.

---

[34] L. Jayyusi in B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…*, *op. cit.,* p. 47. H. Sacks, « Hotrodder : a revolutionary category », *op. cit.*

[35] B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités…, op. cit.*, p. 48.

Monsieur B., agent public et médecin, est tenu à la fois au respect du principe de neutralité du service public (en tant qu'agent public) et il doit se montrer compétent (en qualité de médecin). Si l'absence de compétence entache la catégorie de médecin et fait en sorte que ce dernier ne puisse pas être considéré un médecin « authentique »[36], le manque de neutralité est un attribut contextuel, qui dépend de l'insertion contextuelle du médecin dans un « espace public ». Dans cet espace, les deux attributs sont requis, en étant perçus comme attributs non seulement liés mais constitutifs de la catégorie de médecin-agent public.

Dans le recours présenté devant le TA, l'avocate compare l'appréciation administrative et judiciaire à une affirmation à caractère « théologique ». Le juge et l'administration de l'hôpital sont assimilés à la catégorie de « théologiens » de manière dichotomique : la critique de l'avocate de Monsieur B. touche aux compétences des autorités administratives et judiciaires.

L'élément central de cette affaire est la perception de la barbe et les « acteurs » de cette perception, dont la légitimité est mise en discussion et débattue par les différentes parties, à partir de l'« illégalité externe » contestée par l'avocate qui soutient la thèse de « l'incompétence de l'auteur de l'acte ».

En ce qui concerne les comptes rendus médiatiques, L. Jayyusi[37] parle d' « orientation vers la confiance » qui acquiert une primauté sur l'« orientation vers la présence et le visible, vers ce qui est montré et vu ». Ici, on est dans le registre du contentieux administratif, dans l'arène de la « fixation catégorielle » opérée par le droit positif sur les catégories telles qu'elles sont employées selon le « savoir commun » des membres engagés dans l'activité de catégorisation. Cependant, en dépit de la différence de registre, nous pouvons employer le concept de Jayyusi pour commenter les « renvois « implicites » à la légitimité et à la confiance »[38] qui surgissent du contentieux. À titre d'exemple, nous pouvons considérer sous cet angle ce qui relève de la primauté donnée au « savoir perceptif » des acteurs de la perception (le personnel médical et les usagers du service) et, à ce propos, l'orientation vers la confiance dans et vers la légitimité de l'avis de l'administration hospitalière quant à la déclaration de ce qui a été perçu par les tiers, les personnels hospitaliers, et ce qui pourrait avoir été perçu ou qui pourrait être perçu par les usagers du service. D'après la directrice de l'hôpital, le personnel médical se serait aligné sur l'appréciation de l'administration : à ce propos, Monsieur B. déclare qu'aucun membre du personnel ne perçoit sa barbe comme un signe religieux.

Ces deux comptes rendus allomorphes montrent ce que Jayyusi définit comme étant « les modalités de nombreuses prétentions à la *vérité* » qui, en ce qui concerne les comptes rendus médiatiques, « émergent pour partie de l'équilibre entre les éléments de la narration faisant autorité et la démonstration

---

36 L. Jayyusi, *Catégorisation et ordre moral*, *op. cit.,* p. 169.

37 B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités*…, *op. cit.,* p. 53.

38 *Idem.*

ou présentation »[39]. Dans notre cas de figure, il faudrait plutôt considérer les multiples revendications d'autorités et de « droit » de s'exprimer sur l'interprétation correcte à donner à la nature de la barbe.

> « En jugeant que la barbe de l'intéressé aurait un caractère religieux alors que ce dernier ne revendique pas un tel caractère, l'administration de l'hôpital a contrevenu aux principes de laïcité et de neutralité.
>
> En effet, en déterminant les critères et les contours d'une barbe en définissant ce qui revêt un caractère religieux ou pas, l'administration de l'hôpital s'érige en théologienne.
>
> La Direction du Centre hospitalier de [ville] a violé les principes de laïcité et de neutralité garantis par l'article premier de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958 ainsi que son préambule et la loi du 9 décembre 1905 modifiée concernant la séparation des Églises et de l'État et ce, par l'interprétation totalement subjective qui est faite au sujet de la taille de la barbe de l'intéressé.
>
> Pour ces motifs, il est demandé au Tribunal d'annuler la décision contestée. »

Ici, l'avocate ne remet pas en question les principes de laïcité et neutralité dans leur essence et dans leur valeur (d'autant plus qu'elle est professionnellement obligée de les reconnaître) mais elle en critique l'application (et l'interprétation) qui en est faite par l'administration de l'hôpital. L'administration, la justice, l'avocate se placent sur le même fond de références juridiques – de ce point de vue leurs positions sont « solidaires » – tout en produisant des narrations contrastantes à partir de la considération des mêmes faits et portant sur une interprétation différente de ce qui respecterait ou non lesdits principes. Cette « solidarité sans consensus (Kertzer, 1988) »[40] repose sur l'« utilisation des mêmes références et des mêmes symboles pour dire des choses différentes »[41], ce qui est un caractère propre du contentieux lui-même. De cela peut dériver l'emploi de paires catégorielles disjonctives, des renversements catégoriels et l'émergence de « catégories révolutionnaires » (cf. la catégorie *hipster*).

De ces deux principes (laïcité et neutralité) ne découlerait pas le droit de l'administration de décider si le port de la barbe revêtirait ou pas de caractère religieux. À « administration laïque et neutre » est opposée, par l'avocate, la qualification d'administration « théologienne »: les attributs catégoriels s'excluent mutuellement. Une telle asymétrie est fondée sur une disparité de légitimité à exercer ses propres fonctions et à se définir en tant qu'« administration publique ». Dans la rhétorique de la défense construite par l'avocate, ces deux images s'opposent dans une logique d'attribution de prédicats catégoriels disjonctifs (laïc-neutre/théologique), qui

[39] B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités*…, *op. cit.,* p. 54.
[40] B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités*…, *op. cit.,* p. 53., p. 9.
[41] *Idem.*

s'excluent mutuellement, là où une partie de la paire (l'administration-théologienne) n'est pas légitime, compte tenu de l'interprétation, tissée par l'avocate, de la correcte application des principes de laïcité et de neutralité. Le jugement porté sur le caractère religieux ne serait pas approprié à l'administration publique. L'avocate conteste ici l'action liée à la catégorie « administration publique » et, par le biais d'une telle contestation, cette même administration est mise en question quant à ses attributs de neutralité, de laïcité et de respect de la loi française.

> « Le port d'une barbe relève de la vie privée et l'ingérence dans cette vie privée par l'administration du Centre hospitalier de [ville] n'est justifiée par aucune loi et ne constitue pas une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Par cette attitude la [direction hospitalière] a porté atteinte au respect au droit à la vie privée et familiale du requérant au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Pour ces motifs, il est demandé au Tribunal d'annuler la décision contestée. »

D'après l'avocate, les critères perceptifs du sens commun orientant l'appréciation de l'administration hospitalière, considèrent la barbe longue/imposante comme étant un « signe religieux extérieur ostentatoire » comme si cela « allait de soi ». Cette association par transitivité « procède par suppositions, hypothèses et par probabilité », sans aucune précision portée sur le nombre de centimètres que la barbe devrait compter pour être acceptée au sein de la structure hospitalière. L'avocate insiste sur la dichotomie entre « convictions religieuses » et « droit de se vêtir librement et d'arborer des éléments esthétiques », les deux aspects étant des « composantes de la vie privée ». Le port de la barbe relèverait de l'esthétique et non pas de la volonté de suivre des normes religieuses. Face à une administration qui oscille entre l'attribution d'intention au port de la barbe (« barbe imposante de type islamique ») et l'indifférence quant aux réelles intentions du stagiaire, l'avocate conteste l'attitude d'un hôpital qui, à différence d'autres, n'aurait pas considéré Monsieur B. comme un « excellent médecin, sans se focaliser sur la taille des poils sur le bas de son visage ».

CONCLUSION

Monsieur B. est présenté et catégorisé à des fins pratiques différentes, qui relèvent des considérations contrastives autour de la légitimité de l'action de l'administration de l'hôpital à son encontre. L'intéressé est considéré à la fois comme « chirurgien » et comme « agent public portant une barbe imposante/de type islamique ». Le doute alimenté autour du caractère « islamique » de la barbe trouve une réponse de la part de l'intéressé, qui évoque un choix personnel.

Dans ce cadre, il n'est pas nécessaire d'avoir accès à l'intention de Monsieur B. motivant le port de la barbe : le critère de la perception « externe » est suffisant en soi pour légitimer le fait que l'administration puisse légitimement procéder à la résiliation de la convention de stage.

La paire « intention/perception », qui reflète la dichotomie « interne-in-time/externe-public » fait l'objet de positionnements différents quant à la relation qui devrait être légitimement instaurée entre les deux parties de la paire. De cela dérive, à titre d'exemple, l'opposition entre l'« immixtion dans ma vie privée », invoquée par Monsieur B., et la déclaration de l'administration et des instances judiciaires quant à la valeur à donner à la perception externe de la nature de la barbe.

La décision de l'administration est contestée quant à sa nature discrétionnaire et subjective, reposant sur des présumées perceptions externes (ainsi que sur les « possibles perceptions » des usagers du service) : cette décision est jugée subjective et discrétionnaire du moment qu'elle n'est pas précise quant au critère ayant conduit à la formulation de l'équation « barbe longue » *alias* « barbe de type islamique » (l'intéressé conteste que l'administration n'indique pas le nombre exact de centimètres que devrait avoir une barbe jugée être respectueuse des principes de laïcité et de neutralité).

Le débat se développe sur deux questions : 1. La légitimité du critère de la perception externe pour juger d'un « choix personnel » (point de vue de Monsieur B.) et permettant de catégoriser la barbe comme étant un « signe extérieur ostentatoire » (point de vue de l'administration et des tribunaux) ; 2. La contestation de la validité logique et juridique de l'équation tirée entre « barbe longue » et « barbe de type islamique » (la discussion portant sur l'emploi du critère de la longueur).

La direction, afin de voir validée son appréciation sur le caractère religieux ostensible de la barbe, invite l'intéressé à demander à ses collègues ce qu'ils pensent quant à la longueur de la barbe qui peut être acceptée au sein de l'établissement. Les collègues médecins acquièrent le rôle d'appréciateurs du caractère religieux de la barbe à juste titre, selon l'avis de la direction, à partir du moment où ces derniers, en tant qu'agents publics, veilleraient au respect des principes de laïcité et de neutralité. Ainsi, l'appréciation portée sur des « faits », formulée en

recourant à un « savoir perceptif commun »[42], est contestée par la défense qui la considère préjugée.

Pour B. Latour, le raisonnement juridique repose sur le « maintien du sens commun pour tout ce qui concerne le fait »[43]. Dans le cas en espèce, les « faits » qui font l'objet de l'appréciation sont le port de la barbe et le refus de la tailler, interprétés comme attestant le caractère religieux de la barbe.

Le contexte jugemental du contentieux donne lieu à un « désaccord pratico-moral »[44] conduisant à la prononciation de comptes rendus allomorphes, à leur rétractation et contestation et à la formulation d'énoncés de justification et de « déniabilité (culpabilité et responsabilité) pertinente programmatiquement »[45]. Dans l'appréciation des faits, le désaccord porte sur l'emploi du référentiel islamique et sur la licéité de l'attribution de la catégorie « musulman » à l'intéressé.

La perspective adoptée, axée sur la praxéologie et l'étude du droit en action, s'inscrit dans la continuité et dans la complémentarité d'autres approches portant sur l'analyse du traitement du religieux et du référentiel islamique par le droit[46] (Eberhard, Fernando et Gafsia ; Amiraux ; Amiraux et Koussens). Ces études ont déjà insisté sur l'importance de questionner la centralité, la légitimité et l'objectivité du droit et de l'arène juridique dans la gestion du religieux[47], en réfléchissant à partir de « sa concurrence avec d'autres régimes de vérité »[48]. L'État laïque, pensé dans la tension existante entre devoir de neutralité et impératif de garantie des libertés religieuses[49], se retrouve à qualifier l'« objet religieux qui, en raison d'un impératif de neutralité, se trouve juridiquement non identifié »[50]. Ainsi, la qualification du religieux par le droit est inévitable : au cas par cas, le droit positif s'imbrique à d'autres ordres normatifs (l'ordre moral l'en est un) qui en construisent la déclinaison par rapport aux cas d'espèce.

---

42 H. Garfinkel (*Studies in Ethnomethodology*, Prentice-Hall, 1967) parle du « savoir perceptif commun » comme du socle de l'allant de soi qui constitue l'arrière-plan des interactions des membres et qui se rend visible dans la construction *in situ* des pertinences.

43 B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Éditions La Découverte, 2004, p. 249.

44 L. Jayyusi in B. Dupret et J.-N. Ferrié, *Médias, guerres et identités*…, *op. cit.,* p. 44.

45 *Idem*.

46 C. Eberhard, M. Fernando et N. Gafsia, « Droit, laïcité et diversité culturelle. L'État français face au défi du pluralisme », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 54(1), 2005, p. 129-169 ; V. Amiraux, « L'affaire du foulard en France. Retour sur une affaire qui n'en est pas encore une », *Sociologie et sociétés*, 41(2), 2009, p. 273-298. ; V. Amiraux et D. Koussens, « La religion, objet juridique non identifié ? Approche comparée des opérations de droit et de ses effets sur le religieux », *Studies in Religion / Sciences religieuses*, 45(2), 2016.

47 V. Amiraux et D. Koussens, *op. cit*., p. 103-110, p. 103.

48 V. Amiraux et D. Koussens, *op. cit*., p. 104.

49 V. Amiraux et D. Koussens, *op. cit*., p. 105.

50 *Idem*.

Dans une démarche de complémentarité par rapport aux analyses sous-mentionnées, nous nous concentrons sur la production située du raisonnement pratique reliant les catégories du droit à celles qui se réfèrent aux acteurs et à leurs actions et qui sont mobilisées dans les opérations de qualification juridique des faits. Cette échelle d'analyse nous permet de rendre compte du fonctionnement pratique et situé du droit, tel qu'il s'exerce dans l'économie des casuistiques concrètes : c'est à ce niveau que l'on peut entrevoir ce qui relève, au cas par cas, de la relation entre le droit et les faits. Ainsi, l'étude de la construction de la typicalité des affaires éclaire sur les logiques et les raisonnements accompagnant les opérations de qualification juridique, là où le droit positif s'imbrique à des considérations afférant au sens commun des acteurs.

La définition du religieux dans l'enceinte des tribunaux est laissée au cas par cas, les interprétations et les attentes situées déterminant ce qui fait « religieux » pour les acteurs impliqués. Le « raisonnement moral de la justice »[51] procède donc par des constructions et élaborations situées des faits qui concurrent à constituer le fait religieux. Ancré dans une culture politique occidentale et libérale de matrice chrétienne, « le droit assigne des positions identitaires tout aussi subjectivement que n'importe quelle autre source normative d'autorité »[52].

Ce que des auteurs comme Amiraux et Eberhard, Fernando et Gafsia invitent à faire, c'est de revenir aux paroles des acteurs et au sens (religieux ou pas) attribué par ces derniers à leurs actions.

Ainsi, sortir du « mythe du droit moderne »[53], axé sur la centralité d'un État laïque propulsant une « vision universalisante/uniformisante de l'organisation sociale »[54] qui invisibilise la question du pluralisme, permettrait au droit de se mettre en « adéquation par rapport au terrain »[55]. Dans cette perspective, au lieu de servir la cause de la « réaffirmation symbolique des valeurs nationales »[56], le droit devrait se mettre au service de la « complexité des terrains »[57] et s'ouvrir à « une pensée et une pratique pluralistes »[58].

L'analyse proposée met l'accent sur les possibilités concrètes s'ouvrant aux professionnels du droit qui, en tant qu'acteurs de terrain engagés dans des opérations de qualification juridique et agissant dans le respect des contraintes contextuelles propres au cadre juridique et judiciaire, peuvent faire basculer les critères de rattachement des catégories du droit aux faits en déconstruisant la logique et la légitimité des récits dominants.

---

51 V. Amiraux et D. Koussens, *op. cit.*, p. 107.

52 V. Amiraux, *op. cit.*, p. 290

53 C. Eberhard, M. Fernando et N. Gafsia, *op. cit.*, p. 132.

54 *Idem*.

55 C. Eberhard, M. Fernando et N. Gafsia, *op. cit.*, p. 133.

56 C. Eberhard, M. Fernando et N. Gafsia, *op. cit.*, p. 142.

57 C. Eberhard, M. Fernando et N. Gafsia, *op. cit.*, p. 157.

58 C. Eberhard, M. Fernando et N. Gafsia, *op. cit.*, 158.

MAÂT AU PLATEAU DE KIRCHBERG

PESER LES FAITS, DIRE LE DROIT, ET ORDONNER LES CHOSES

François-Vivien GUIOT
Maître de Conférences, Université de Pau et des pays de l'Adour

Résumé : La distinction du fait et du droit peut être comprise comme une clef d'explication totale de la juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne. Malgré l'absence de tout fondement ontologique vérifiable, la distinction du fait et du droit est utilisée comme un argument pour délimiter les pouvoirs du juge. La pratique contentieuse témoigne de la dimension en réalité déontologique de la distinction, à laquelle le juge de la légalité adhère.

Mots-clés : Office du juge – séparation des pouvoirs – qualification juridique – appréciation des faits

Abstract *: The distinction between fact and law provides an overall explanation of the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union. Despite the lack of defensive ontological basis of the distinction between fact and law, its occurrences serve to delimit the judicial powers and functions. Case law thus shows the deontological dimension of the distinction, to which the judges themselves adhere.*

Keywords *: Jurisdictional functions – separation of powers – legal qualification – assessment of the facts*

« La jurisprudence est la philosophie du droit et procède par singularités, prolongement de singularités »[1]

La distinction des faits et du droit, qui fut interrogée par la doctrine française durant la première moitié du XX^e^ siècle[2], est certainement un thème classique de la pensée juridique dans la mesure où elle constitue une voie d'entrée dans le difficile exercice de définition de ce qu'est le droit[3]. La distinction n'est pas, en elle-même, de nature à permettre le dépassement des clivages théoriques face à cette dernière question. Cependant, elle a l'intérêt de mettre en lumière l'importance des acteurs juridiques dans la délimitation des deux sphères qui interagissent dans l'opération de réalisation des normes juridiques. En ce sens, la distinction des faits et du droit peut être comprise comme le fruit d'un exercice positionnel : en définissant la place respective de ces deux champs, les différents acteurs juridiques déterminent aussi respectivement leurs fonctions. Telle est, en tout cas, l'analyse au cœur d'une recherche doctorale entreprise dans le prolongement des enseignements des auteurs français sur la distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne[4].

Ce travail fut le résultat d'une certaine lecture du droit et de la fonction juridictionnelle, influencée par l'école de la théorie réaliste de l'interprétation, ou du moins par la compréhension que l'on en a eu au terme d'un certain nombre de lectures complémentaires[5]. S'il n'est pas possible de justifier dans le cadre de cet article l'ensemble des présupposés de cette approche, il est nécessaire de les expliciter afin de contextualiser les analyses qui vont suivre.

---

1 G. Deleuze, « Sur la philosophie », *Pourparlers*, Éditions de Minuit, 2003, p. 209-210

2 Il faut en particulier citer deux auteurs qui ont consacré leurs travaux de doctorat à cette distinction, avec une modernité du propos toujours remarquable : G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, 388 p. ; et L. Goldenberg, *Le Conseil d'État juge du fait : étude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932, 423 p. Il convient également de rappeler dans le champ du droit administratif, l'article de J. Rivero, « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Dialectica*, 1961, Vol. 15, n° 3/4 : « Le fait et le droit », p. 462-480.

3 Pour un panorama des résolutions possibles dans cette quête, voir les deux numéros spéciaux consacrés par la revue *Droits* à ce sujet : « Définir le droit 1/ » et « Définir le droit 2/ », *Droits. Revue française de théorie du droit*, 1989 et 1990, 187 et 183 p.

4 F.-V. Guiot., *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, 1007 p.

5 À ce titre, il faut mentionner notamment les travaux de Herbet Lionel Adolphus Hart (pour l'importance du mécanisme de reconnaissance), de Chaïm Perelman (soulignant la dimension rhétorique de la fonction juridictionnelle), de Stéphane Rials (qui démontre le pouvoir d'interprétation du juge), ou encore de Guillaume Tusseau (dont le concept de norme d'habilitation paraît pouvoir fonder une approche théorique systémique du droit).

***

Un truisme pour commencer : la construction européenne est à la fois le fruit d'un héritage, celui des traditions juridiques nationales, et le creuset d'innovations pour la pratique juridique. L'instauration d'une fonction juridictionnelle au cœur de l'intégration européenne n'y échappe pas : à partir du modèle français de la juridiction administrative[6], elle est à la fois une évolution et une révolution.

Dans ce contexte, il faut toujours se méfier du risque de préjugés dans l'observation des solutions adoptées par un système juridique. L'analyse des transplants doit toujours être entourée de précautions : il faut prendre garde à ne pas considérer comme inévitable une solution simplement habituelle, chercher à libérer les concepts des accoutumances qui peuvent les entourer, et ainsi tenter d'identifier la cause politique véritable des solutions façonnées, puis transposées, conservées ou modifiées[7]. L'observation des transplants est en conséquence un miroir à deux faces qui révèle des choses aussi bien sur le milieu d'origine que sur celui d'accueil.

La distinction du fait et du droit devant la Cour de justice de l'Union européenne est à cet égard une question topique : la simple énonciation de cette distinction emporte avec elle tout un ensemble de significations qui lui sont généralement attachées en droit interne par les juristes. C'est en particulier la place du juge dans le système juridique qui est généralement mise en lumière par les auteurs derrière cet exercice de différenciation. La thèse était donc fondée sur l'hypothèse selon laquelle la déconstruction de cette question de la distinction du fait et du droit était une des manières de décrire de façon épistémologiquement satisfaisante le pouvoir juridictionnel de la Cour de justice de l'Union européenne. Question *a priori* contentieuse, la distinction du fait et du droit serait donc aussi un arrangement institutionnel – autrement dit une question de pouvoir et plus précisément de pouvoir normatif.

C'est le sens de l'invocation dans cette présentation d'une figure de la mythologie égyptienne. Même si le trait est certainement un peu forcé, la déesse Maât est convoquée pour incarner la propension de la distinction du fait et du droit à être un facteur explicatif global de ce qu'est le droit. Après avoir justifié cette métonymie et détaillé ainsi l'hypothèse défendue (I), il conviendra de revenir sur la figure du « juge de la légalité », qui est l'objet du transplant dont a bénéficié la Cour de justice de l'Union européenne (II), pour ensuite essayer de démontrer deux propositions essentielles au regard de l'office du juge : l'absence

---

[6] La reconnaissance de cette filiation, bien qu'un peu schématique, est partagée par la doctrine française (voir par exemple, M. Lagrange, « La Cour de Justice des Communautés européennes du Plan Schuman à l'Union européenne » in *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris, Nathan, 1979, Vol. 2, p. 127-135).

[7] L. Goldenberg, *op. cit.*, p. 8-9 : « En libérant ses concepts des accoutumances ou des controverses politiques qui ont pu les déformer, [le juriste] permet de livrer sur les choses un point de vue nouveau : en montrant que telle solution devenue habituelle n'était pas, juridiquement, inévitable, il incite à chercher sa cause politique réelle ».

de dimension ontologique de la distinction des faits et du droit (III), qui révèle l'existence de la dimension déontologique de leur différenciation (IV).

I. Maât ou la distinction : d'un principe de justice à une théorie politique

Premier point, l'analogie entre Maât et la distinction.

Maât, nous dit l'égyptologue Bernadette Menu, est un concept total : « Ordre, vie, équilibre cosmique, vital et social, paix par la victoire, prospérité, justice, équité, vérité, maât représente tout cela »[8]. Maât est aussi une incarnation de cette globalité, « sous les traits d'une gracieuse jeune femme à la chevelure ornée d'une plume d'autruche »[9]. Cette représentation donne ainsi corps à l'idée de justice et de jugement dernier, mais elle symbolise aussi la « vie », ou plutôt les conditions qui rendent possibles la vie : la puissance et la domination du pouvoir divin, la stabilité de la royauté, enfin et surtout l'ordre de la société qui nous prémunit du chaos.

Maât est donc à la fois une divinité et le principe divin lui-même en action dans le monde des hommes, autrement dit un principe politique. Grâce à cette dualité, Maât joue un rôle fondamental pour le régime des pharaons, au point qu'elle peut être comprise comme une théorie politique tendue entièrement vers cette idée d'ordre.

Sur ce plan, les égyptologues distinguent la Maât universelle, idéal de justice, et la Maât particulière ou sociale, qui est mise en œuvre dans et par l'acte de justice. Maât universelle et pratique étant les deux faces ou plans d'un même principe d'ordre et d'équilibre.

Dans ce système, la Maât s'impose donc doublement, comme un fondement idéologique et comme une norme de conduite sociale[10]. Elle est à la fois une norme universelle, fondatrice et holistique, et une norme individuelle et pratique – dualité qui n'est pas sans rappeler la théorie de la justice d'Aristote[11].

Par conséquent, la Maât ne se limite pas à un simple principe de justice, entendu comme une directive permettant la résolution des différends qui opposent des individus, même si elle est aussi cela. Elle est encore un principe plus général d'organisation des choses et de légitimation de cette organisation.

---

8 B. Menu, *Maât. L'ordre juste du monde*, Paris, Michalon, « Le Bien Commun », 2005, p. 9.

9 *Ibid.* p. 10-11.

10 *Ibid.* p. 93 : « Le respect de la maât impose à chacun d'agir de manière juste et, s'il est investi d'une responsabilité dans la pyramide sociale, de prononcer une sentence conforme à la maât, c'est-à-dire selon l'équité. L'organisation juridictionnelle obéit au principe hiérarchique, chaque détenteur de l'autorité exerçant à son niveau le pouvoir de définir les droits de ses administrés et de départager les prétentions respectives ».

11 *Ibid.* p. 12 : « Les anciens Égyptiens avaient déjà fait la différence entre, d'une part, une justice générale, cosmique, du ressort de la morale et d'une conduite subjective conforme à l'Ordre garanti par le roi et, d'autre part, une justice particulière, à la fois individuelle et sociale, du ressort du droit et du juge, pour l'objectivité d'un partage équitable des biens ».

Dans sa dimension particulière, dans sa fonction de régulation inter-individuelle, la Maât sort toutefois de sa seule dimension métaphysique pour se prolonger et devenir une norme de conduite pratique. Elle fait alors l'objet d'usages, de revendications, de standards, de références, d'objectifs comportementaux… mais toujours – évidemment – en lien avec sa dimension universelle. En ce sens, la Maât revêt bien une fonction déontologique, car elle permet d'identifier et de justifier les exigences comportementales des individus au regard de l'impératif d'ordre de la société.

Est-ce à dire – au regard de son caractère transcendantal – que l'autorité qui agit en son nom souverain, possède alors un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire ?

Ce n'est pas la rhétorique qui sera construite dans le régime de l'Égypte antique.

Dans l'exercice de la justice, et dans les décisions qu'il prend pour ce faire, le juge est à l'image du pharaon. Or, comme l'explique encore Bernadette Menu : « Davantage qu'un titulaire du pouvoir, le pharaon en est le servant, en tant que le pouvoir n'est pas un outil à mettre en œuvre, mais la condition de la perpétuation de l'ordre en question, impliquant les hommes comme les dieux »[12]. En conséquence, le juge aussi se revendique et doit se revendiquer au service de cet ordre[13].

Toutefois, cet ordre, il est en pratique également en charge de le définir, de l'instruire… Gardien et instigateur, le juge est donc en partie un démiurge. Il fait advenir l'ordre du droit, sans pouvoir s'en départir toutefois. Sans pouvoir se départir de l'idée d'ordre dans sa dimension universelle.

Il est maintenant possible d'élucider la raison de la référence à la Maât, dans un travail consacré à la distinction du fait et du droit par le juge. Dans la réalisation de cette fonction juridictionnelle, la question de la distinction du fait et du droit est une question centrale (et peut-être même, à l'image de la Maât, une question totale[14]).

Comme le montre la pluralité des travaux réunis dans ce volume, cette distinction revêt une pluralité de dimensions. Théoriques, contentieuses, juridiques

---

12 L. De Sutter, *Après la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018, p. 192.

13 *Ibid.*, p. 202 : « la maât, dans l'Égypte ancienne, constitua aussi le principe gouvernant la fonction de juger au sens traditionnel du terme : celui de la juridiction. Il était attendu des juges qu'ils se conformassent à elle, au sens où leur travail ne consistait pas à appliquer une règle à un cas, mais à vérifier que le principe de solidarité eût qualifié la situation de fait qu'ils avaient à examiner. Cela ne signifiait pas que leurs jugements n'impliquaient aucune norme ; de même, cela ne signifiait pas qu'ils ne jugeaient que selon ce qu'on pourrait appeler « équité » ; des règles existaient, et la maât impliquait bien davantage que l'équité. Mais il se faisait que, dans leur quête de vérité (plutôt que de justice), les juges écoutaient les parties ».

14 En effet, la Maât « dont le roi était le garant était un principe à la fois religieux, moral, politique, économique, épistémologique, et ainsi de suite ; dans la maât […] c'était la totalité des dimensions de ce qui était qui était impliquée. […] L'ordre ne se limitait pas au gouvernement des corps, ni même à la conduite des âmes ; il incluait jusqu'à la texture du monde, et à la possibilité de s'assurer de sa vérité – le vrai constituant une dimension du juste, et vice versa. […] en tant que principe de vérité elle est un principe de justice – une justice à la fois cosmique, sociale et individuelle » (*ibid.*, p. 195).

ou métajuridiques, appartenant aussi bien au discours du droit qu'au discours sur le droit, ces dimensions sont *a priori* indépendantes et il conviendrait donc de toujours bien les distinguer. Cependant, il est possible, selon nous, de montrer qu'en réalité des effets de confusion dans la pratique juridique ont produit des liens d'influence ou d'interdépendance entre celles-ci.

En tout cas, telle est l'explication trouvée d'une pratique judiciaire de la distinction qui lui donne une dimension déontologique – ce qui doit être – en invoquant explicitement ou implicitement une dimension ontologique – c'est-à-dire l'existence d'une dichotomie entre l'être et le devoir-être, autrement dit entre le descriptif et le prescriptif, entre l'opportunité et la légalité aussi. Cette liaison, *a priori* proscrite par les enseignements de l'épistémologie, fait en un certain sens écho à la théologico-politique égyptienne. Pour Laurent de Schutter, le « régime [de la Maât] se déployait de deux manières différentes, suivant qu'il concernât la parole ou les gestes : du point de vue du dire, il tendait vers la vérité ; tandis que du point de vue du faire, il tendait plutôt vers la justice »[15]. Vérité du monde et action sur les choses de ce monde – action destinée à en assurer la justice, c'est-à-dire la rectitude ou le bon ordre. Vérité et action indissociées dans la Maât, semblent réunies dans la pratique contentieuse contemporaine des juridictions en charge du contrôle de légalité et s'y articulent autour de l'opposition des faits et du droit.

Pour expliciter l'hypothèse poursuivie, paraphrasons Austin : dire la distinction du fait et du droit, c'est aussi la faire[16]. Invoquer et incarner dans le même acte cette distinction est l'une des tâches les plus essentielles du juge qui dit le droit. Car, en effet, si le juge dit le droit, il n'est pas censé faire le fait. Distinguer le droit et le fait, c'est donc *a priori* délaisser les faits à d'autres – les parties, l'administration, le législateur[17], voire le constituant.

Pourtant, à partir de ce principe originel l'observation de l'évolution du contentieux montre qu'en raison des liens nécessaires entre le droit et le fait dans l'application de la norme, le juge n'a pu rester totalement étranger aux faits. Bien qu'extérieur au monde du droit, qui appartient à l'ordre du devoir-être, le fait du procès est intégré dans le raisonnement juridictionnel qui produit la norme individuelle. Il faut alors composer avec l'idée universelle de l'ordre et de la fonction du juge, cette théogonie qui associe le juge au droit (et au droit seul), pour faire porter tout de même, dans une situation individuelle, le regard de l'autorité juridictionnelle sur le fait qu'elle vient organiser de différentes manières par et pour son jugement.

---

15 *Ibid.*, p. 197. On ne peut manquer le parallèle ici avec l'ouvrage de F. Ost : *Dire le droit, faire justice*, Paris, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2012, 244 p.

16 J.-L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1991, 208 p.

17 Voir en ce sens, au sujet de la jurisprudence constitutionnelle, J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2001, 442 p.

II. La figure du juge de la légalité : du Palais Royal au Plateau de Kirchberg, histoire et raison d'un transfuge

En préambule du second point, consacré au transplant du modèle de juridiction qui s'est opéré lors de la création des institutions européennes, il faut reconnaître une limite. Malgré l'universalité et l'intemporalité de la question de la distinction du fait et du droit[18], les analyses produites dans l'étude de la pratique juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne ne sont peut-être pas transposables à l'ensemble des modèles juridictionnels. La diversité des pratiques judiciaires impose ici une grande prudence. La théorie réaliste de l'interprétation, complétée de celle des contraintes juridiques[19], appelle effectivement à prendre au sérieux le contexte systémique dans lequel le juge exerce sa fonction. Même en droit français, si le sujet de la distinction du fait et du droit est évidemment pertinent pour le juge judiciaire, comme l'ont montré les travaux du Doyen Marty ou encore ceux de Henri Motulsky[20], il ne répond peut-être pas tout à fait aux mêmes enjeux qu'en droit public.

En conséquence, les conclusions qui ont été tirées de l'observation du contentieux européen ne sont peut-être pas toutes généralisables au-delà du modèle auquel il se rattache, à savoir celui du juge de la légalité (les rapprochements possibles, notamment pour des raisons historiques[21], entre cette figure-là et celle du juge de cassation, expliquent toutefois la transposabilité de certaines observations du champ administratif au champ judiciaire et réciproquement). En raison de l'origine de ce modèle, les propositions qui seront faites ci-dessous sont toutefois tout à fait transférables à la pratique de l'excès de pouvoir devant le juge administratif français puisqu'il s'agit du *spécimen original*[22]. C'est même de la filiation des solutions adoptées par le traité de Paris en 1951 et le traité de Rome

---

18 Pour d'autres exemples de recherches doctorales, voir notamment : H. Descheneaux, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral : étude critique de la jurisprudence*, Fribourg, Libraire de l'Université, 1948, 94 p. ; D. Pinard, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », *Les Cahiers de droit*, 1989, 30(1), p. 137–187 ; L. Montazel, *Recherches sur les techniques de la cassation au XIXe siècle : la distinction du fait et du droit dans les arrêts civils de la Cour de cassation 1810-1870*, Thèse Lille, 1992, 126 f. (microfiche) ; L. Zeiter, *La distinction du fait et du droit dans les recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2005, 340 p. ; N. Cornu-Thénard, *La notion de fait dans la jurisprudence classique : étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, Thèse Paris II, 2011 ; D. Louis, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Thèse Montpellier, 2014, 453 p.

19 V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorczyk, M. Troper, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, 216 p.

20 H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002 (rééd. de la version de 1948), 183 p.

21 Voir pour une explication de ces liens historiques, F.-V. Guiot, *op. cit.*, p. 68-70 (ainsi que les références citées).

22 En conséquence, la thèse de Léo Goldenberg a été particulièrement utile, dans la mesure où il y est parfaitement démontré la portée politique de cette distinction et la part de choix qui revenait au Conseil d'État en tant que juridiction suprême.

en 1957 avec la pratique qui s'était développée devant le Conseil d'État, que se déduisent un certain nombre d'appréciations portées sur le sujet de la distinction du fait et du droit par la juridiction européenne.

Il faut donc revenir sur ce lien d'engendrement et les conditions historiques de la formation de ce modèle français du juge de la légalité – de toute la légalité, mais rien que de la légalité.

La filiation, et la raison d'être de celle-ci, sont attestées par le déroulement des négociations du traité de Paris. Le « mimétisme »[23] des solutions contentieuses n'implique pas l'absence d'autres influences, allemandes notamment[24], mais il est indéniable que le recours pour excès de pouvoir a joué un rôle fondamental dans l'invention d'une juridiction communautaire[25].

Il y eut, en effet, au cours de l'été 1950, une différence de point de vue entre les représentants des six États fondateurs sur les modalités et les conséquences de la supranationalité voulue pour la CECA. En particulier sur la question de la garantie juridictionnelle des règles communes à venir[26]. Aventure politique aux yeux de Jean Monnet, le représentant français craignait d'entraver l'*Europe des petits pas* dans les filets d'un pouvoir juridictionnel trop invasif. C'est en particulier l'autonomie de la Haute autorité qu'il souhaite alors préserver – le même réflexe se retrouvera en 1957 au profit du Conseil des Ministres cette fois-ci.

Afin de limiter l'influence d'un organe judiciaire dans la construction communautaire à venir, il est d'abord proposé par la France de recourir à un mécanisme double, qui imposait un recours préalable devant une chambre de la Haute autorité avant une possible saisine de la Cour internationale justice, voire au fil des propositions, uniquement d'une simple instance arbitrale *ad hoc*. Ce modèle « internationaliste » a toutefois rencontré, pour des motifs différents, l'opposition à la fois des petits États et du représentant allemand Walter Hallstein. La solution est alors venue de la possibilité de dissocier précisément les questions politiques, qui seraient confiées à un comité réunissant les ministres des États membres, et les questions juridiques – strictement juridiques – pouvant être laissées entre les mains d'une véritable juridiction.

---

[23] D. Ritleng, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Thèse, Strasbourg, 1998, p. 1.

[24] M. Fromont, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1966, Vol. 2, p. 47.

[25] J. L'Huillier, « Une conquête du droit administratif français : Le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *Dalloz*, 1963, Chron., p. 64 : « ce contentieux "supranational" constitue une réplique fidèle de notre contentieux administratif national dont il ne fait que transposer *mutatis mutandis* la plupart des solutions ».

[26] Voir pour une présentation exhaustive de cette chronologie : A. Boeger-De-Smedt, « La Cour de justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA », *Revue d'histoire de l'intégration européenne*, 2008, Vol. 14, n° 2, p. 731.

Encore fallait-il trouver quelques garanties pour que ce juge à venir ne dépasse pas le cadre de ce mandat. Et c'est ici qu'intervient le modèle du contentieux objectif, qui se développait en France depuis le XIXe siècle.

La marque indiscutable de cette inspiration réside dans l'utilisation pour décrire le recours en annulation prévu par le futur traité des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir synthétisés par Édouard Laferrière. Dans l'article 33 du traité de Paris, on lit ainsi que la Cour est compétente

> « pour se prononcer sur les recours en annulation pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir formés contre les décisions et recommandations de la Haute Autorité ».

On observera, qu'était aussi en principe explicitement exclu tout contrôle de « l'appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues lesdites décisions ou recommandation ». Cette observation est importante, et en réalité assez logique ou en tout cas conforme à la raison d'être de l'utilisation du modèle français et à l'état contemporain de la jurisprudence administrative française.

En effet, il existe un lien originel entre la distinction du fait et du droit, et la classification des moyens d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, un lien d'identité. Comme l'on montré les études doctrinales françaises[27], ce qui relève du juge dans la pensée du droit administratif classique, c'est le droit, et le droit n'est alors que l'ensemble des questions décrit par la classification des moyens d'ouverture : la légalité externe d'une part, avec les vices de forme et de procédure, et la légalité interne d'autre part, avec la violation de la loi et le détournement de pouvoir.

Pourquoi affirmer que le fait est – originellement – étranger à cette classification ?

Parce que le contrôle des faits n'intervient dans le recours pour excès de pouvoir (au titre de la violation de la loi) qu'au terme d'une longue période de maturation de cette voie de droit apparue au mitan du XIXe siècle. Pendant longtemps, on a pu considérer « qu'un contrôle de légalité était un contrôle de droit pur et ne pouvait porter sur des questions de fait appréciées discrétionnairement par l'administration »[28]. Le Conseil d'État lui-même en 1910, dans l'arrêt *Hubersen*,

---

[27] Outre les travaux précités de Léo Goldenberg (dont on peut prendre connaissance grâce à leur présentation par la Professeure Maryse Deguergue : « La distinction du droit et du fait dans la thèse de Léo Goldenberg, Le Conseil d'État juge du fait », in P. Charlot (dir.), *L'œuvre de Léo Hamon*, Paris, Dalloz, 2012, p. 119-132), on lira avec intérêt la thèse suivante : M. Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1958, 281 p.

[28] R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007 (rééd. des fascicules I à VI, publiés par Les cours de droit, 1977-1981, 6e éd.), Tome 2, p. 526.

affirmait que l'erreur de fait, « même à la supposée établie […] ne saurait constituer un excès de pouvoir ou une violation de la loi »[29].

Les étapes de l'évolution de l'excès de pouvoir sont bien connues : les arrêts *Gomel* de 1914[30], *Camino* de 1916[31], *Trépont* de 1922[32], puis *Gesbert* de 1960[33] et *Lagrange* de 1961[34], vont tour à tour étendre l'office du juge sur ces questions de fait, initialement comprises comme des questions d'opportunité devant relever de la seule autorité administrative, et non comme des questions de légalité relevant de la *juris dictio*. Pourtant, étendant le champ de son office, le Conseil d'État se saisit des opérations de qualification juridique des faits, de leur établissement, puis de leur appréciation en cas d'erreur manifeste.

La classification avait été inventée par Édouard Laferrière pour permettre de bien cerner l'office du juge dans l'excès de pouvoir avant cette irruption des faits dans le recours pour excès de pouvoir. Se cantonnant au droit, la compétence du juge de la légalité devait se situer entre celle de la pleine juridiction qui est la plus étendue, et celle du pourvoi qui était la plus restreinte. Comme on avait tenté de différencier l'office du juge du fond et celui du juge de cassation sur la base de cette distinction du fait et du droit, il y a aussi derrière la classification le souci de distinguer l'office du juge et la fonction de l'administration[35] : « la façon dont l'administration s'est emparée des faits pour appliquer la règle doit échapper à son contrôle, sans quoi le juge s'érigerait en administrateur »[36].

Certes en 1951, les choses sont déjà en train de changer devant le Conseil d'État, et c'est *a fortiori* le cas en 1957 lors des négociations du Traité de Rome, mais les esprits semblent ne pas avoir (déjà) intégré dans les constructions doctrinales cette transformation de l'office du juge de la légalité, qui sera donc repris au niveau européen en raison même de la limitation qui lui est encore rattachée. En effet, à tort ou à raison, cette classification est restée en droit interne, malgré l'intégration

---

29 CE, 18 mars 1910, *Hubersen*, *Rec.* 259.

30 CE, 4 avril 1914, *Gomel*, *Rec.* 488.

31 CE, 14 janvier 1916, *Camino*, *Rec.* 15.

32 CE, 20 janvier 1922, *Trépont*, *Rec.* 65.

33 CE, 2 mars 1960, *Secrétaire d'État à l'Agriculture c. Gesbert*, *Rec.* 162.

34 CE, Sect., 15 février 1961, *Lagrange*, *Rec.* 121.

35 Il s'y superpose aussi, comme dans la matière judiciaire, un objectif de différenciation entre la fonction du juge du fond et celle du pourvoi.

36 C. De Bernardinis, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contrôle de la légalité des décisions individuelles », *La lettre juridique n° 625 du 17 septembre 2015 : Procédure administrative* : « progressivement et contrairement à sa promesse initiale, le juge de l'excès de pouvoir a pris possession des faits, il a examiné leur qualification alors que le Conseil d'État s'emparait de l'examen de la matérialité ou l'exactitude des faits tout en ne s'immisçant pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Chaque avancée s'est, cependant, opérée très prudemment. Si le juge de cassation contrôle de manière trop pointilleuse les faits, il se transforme en un juge du fond mais reste juge, alors que si le juge de l'excès de pouvoir s'accapare une pleine maîtrise des faits, cela le conduit à sortir de son rôle, à n'être plus juge mais administrateur, le risque est ainsi plus important ».

des questions de faits dans l'office du juge de la légalité, en gardant pour l'essentiel sa signification « légaliste » originelle. Employer les termes de l'excès de pouvoir pour circonscrire l'office du juge communautaire, c'était donc en 1950 l'inviter à se cantonner aux questions de droit relevant du principe de légalité, tout en lui commandant de se restreindre sur les questions de fait incluses dans le champ de l'opportunité. Était ainsi poursuivie par l'emploi du modèle français, une garantie contre le risque de « gouvernement des juges », puisqu'avaient été mises hors de sa portée les questions de fait relevant du périmètre de l'opportunité.

Quel regard poser sur cette intention ?

Sans juger du sens ou du bien-fondé politique ou axiologique de cette démarche, il est possible de s'interroger en tant que juriste sur l'existence d'un fondement objectif à l'assertion d'une distinction du fait et du droit qui s'imposerait au juge de la légalité, et sur le degré de réalisation du projet des auteurs du traité vis-à-vis de la juridiction communautaire.

III. L'absence de dimension ontologique (en droit) de la distinction des faits et du droit

Si les détails de la démonstration peuvent difficilement être exposés de manière exhaustive ici, il faut expliquer pourquoi, selon nous, la distinction n'a pas de fondement ontologique dans la sphère juridique[37]. Bien qu'une telle dimension soit souvent implicitée par les argumentations juridiques, elle n'est pas en réalité une explication satisfaisante de la pratique du droit.

Cela ne revient pas à nier le dualisme kelsénien entre *ce qui est* et *ce qui doit être*, entre la description et la prescription, entre les faits et les valeurs. Même si le tournant sceptique peut induire un certain relativisme vis-à-vis de ces oppositions, on peut considérer qu'il est effectivement possible d'un point de vue épistémologique de faire ces distinctions ou d'en avoir l'intention.

L'interrogation qu'il faut poursuivre est toutefois un peu différente. D'un point de vue positiviste, existe-t-il une distinction ontologique du fait et du droit qui s'impose à la pratique juridique ? Y a-t-il un ensemble de normes qui s'applique à un ensemble de faits, qui seraient deux ensembles de nature différente pour le droit et sa réalisation ?

Pour aborder cette question, l'analyse est très vite confrontée au problème de pluralité des sens possibles des entités de cette opposition et de l'opposition elle-même. Quelques illustrations. Le positivisme nous apprend que les faits sont objectifs, en ce sens qu'on peut dire d'eux qu'ils sont vrais ou faux – ce qui n'est pas le cas d'un jugement de valeur ou de préférence. Pourtant, dans la pratique juridic-

[37] Selon Patrick Nerhot, « la distinction du fait et du droit est le produit même de la rationalité juridique » (« Le fait du droit », *APD*, 1986, Tome 31 : « Le système juridique », p. 261, §28). C'est uniquement dans ce cadre, déterminé, qu'il faut donc en faire l'analyse et en vérifier la cohérence.

tionnelle, il est implicitement admis dans le traitement des faits qu'ils soulèvent des questions étrangères à l'office du juge de la légalité « objective ». En ce sens, les faits relèveraient de l'ordre du subjectif et donc de l'administration, ou des parties et des juges du fond dans l'ordre judiciaire, quand la règle de droit et son interprétation seraient, elles, de l'ordre de l'objectif et donc de la compétence du juge, et en particulier des juridictions suprêmes. Pourtant, il est généralement admis aussi rapidement que les jugements sont l'expression d'un certain pouvoir normatif du juge, et même, sur la base de la « loi de Hume »[38], le fruit des préférences de celui-ci pour les réalistes. Autrement dit, le jugement et l'interprétation seraient le résultat d'une prescription, d'un acte de volonté et donc d'une nature subjective. Certes, il s'agit en théorie de différents niveaux de langages, différents niveaux d'opposition des faits et du droit, mais en pratique les argumentations développées les confondent souvent et ceci est une donnée fondamentale du problème.

Même si l'on sort du plan épistémologique, pour s'intéresser à la dimension contentieuse et opérationnelle de la distinction, des incertitudes similaires sont constatées face à une distinction qui pourtant s'impose comme pierre angulaire de la définition originelle de l'office du juge de la légalité. Dans ce périmètre, la distinction ne vaut plus comme une antinomie entre le fait et le droit, car les faits sont appelés à recevoir l'application de la réglementation juridique, en particulier à travers l'opération de la qualification juridique. Le « véritable sens consiste à opposer au "fait non-qualifié" le fait auquel, par l'intermédiaire de sa qualification juridique, s'attachent des effets de droit, ce "fait" étant lui-même un état de droit » explique François Rigaux[39].

L'observation de l'évolution du contentieux administratif français semble lui donner raison. Le contrôle de légalité intègre bien aujourd'hui ce passage des faits au droit qu'est l'opération de qualification, et il s'étend même à deux autres opérations qui y sont liées fonctionnellement : l'établissement et l'appréciation des faits. Laissons de côté la question de savoir si la qualification est une question de droit ou de fait, question qui n'est d'ailleurs pas si simple, pour se concentrer sur une autre difficulté[40].

Les opérations mentales opérées par le juge vis-à-vis des faits et vis-à-vis des normes sont-elles d'une part de nature différente et d'autre part dissociables et effectivement dissociées ? Autrement dit, peut-on interpréter de manière abstraite la règle de droit, et faire une application de la norme ainsi produite à des

---

38 D. Hume, *Traité de la nature humaine, III, La morale*, (1740), trad. Ph. Saltel, Paris, GF-Flammarion, 1993, I, 1, p. 65. Pour une formulation dans le champ juridique, voir H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, chap. 58, §11-14 : « de même que l'existence d'un fait ne peut découler logiquement de l'existence d'un autre fait […], de même l'existence d'une norme […] ne peut pas logiquement découler de l'existence d'une autre norme ».

39 F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, p. 85.

40 Pour une analyse détaillée de l'opération de la qualification dans le contentieux de la légalité, voir Ch. Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2010, 700 p.

faits objectivement constatés ? À cette double question, il semble que tous les auteurs qui ont travaillé sur le syllogisme judiciaire, et pas seulement les tenants de la théorie réaliste, répondent négativement. Pour ne donner qu'un exemple, Jean Rivero écrira qu'il y a en pratique une « compénétration » dans le passage « de l'abstrait au concret, de la règle au fait, au stade de l'application »[41].

Il reste encore possible de s'interroger sur un autre niveau de distinction. Peut-être que les faits et le droit ne s'opposent pas de manière aussi radicale qu'on pouvait le penser au XIX^e^ siècle, mais peut-être existe-t-il au moins une différence *au sein* des opérations du contrôle juridictionnel qui portent sur les faits ? Les faits ne seraient pas tous de la même nature, certains seraient plus objectifs que d'autres, et en conséquence plus facilement à la portée du contrôle juridictionnel. Une telle proposition semble *a priori* confortée par le constat qu'il existe plusieurs niveaux d'intensité du contrôle de légalité sur les questions de fait, et qu'en fonction de cette intensité l'examen des faits paraît plus ou moins rigoureux, plus ou moins complet et étendu.

Dans l'étude des pratiques de la Cour de justice de l'Union européenne, comme cela a été fait précédemment pour les juridictions françaises, il fallait pour investir cette hypothèse identifier ces niveaux de contrôle, les éléments du raisonnement juridique qu'ils impliquent ainsi que les justifications avancées pour expliquer les variations constatées[42]. Au terme de cet examen, il fut difficile de ne pas partager le jugement exprimé par Léo Goldenberg au sujet du Conseil d'État : « Arbitraire dans son principe, la distinction du fait et du droit apparaît comme incertaine dans son application »[43]. Sans surprise, à quelques détails près, les solutions au Plateau de Kirchberg correspondent en effet à celles qui ont cours au Palais Royal. Elles s'appuient sur une distinction entre des opérations qui revêtiraient une forme d'objectivité, et celles qui ressortiraient davantage d'une appréciation subjective et donc étrangère au droit et au juge de la légalité – les premières pouvant seules faire l'objet d'un contrôle étendu du juge, les secondes ne tombant dans son orbite que lorsqu'elles sont le fruit d'une erreur manifeste traduisant une faute de l'administration.

Bien qu'elles soient communes, ces pratiques et leurs justifications soulèvent de nombreuses questions.

En premier lieu, celle de savoir s'il est vraiment possible d'établir objectivement des faits. L'interrogation doit être envisagée dans un cadre particulier qui est celui de la sphère juridique et plus particulièrement du procès. Les auteurs qui se sont

---

41 J. Rivero, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *op. cit.,* p. 463.

42 C'est ainsi plus précisément dans l'observation des modalités de contrôle du pouvoir discrétionnaire des institutions européennes et des États membres par le juge européen qu'a été poursuivi l'examen de l'argument ontologique. Lorsqu'elle reconnaît une marge d'appréciation ou un pouvoir de choix à l'auteur de l'acte attaqué, la Cour de justice va en principe tout de même vérifier l'établissement correct des faits et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans les motifs de l'acte.

43 L. Goldengerg, p. 14.

intéressés au sujet répondent là-aussi de manière négative[44]. Dans son appréhension (et sa compréhension) du monde empirique, le juge opère une mise en ordre, il pèse, trie, et sélectionne les faits qui seront retenus comme établis (et faut-il ajouter le plus souvent à partir d'éléments contradictoirement apportés par les parties, voire par des experts). Il agit alors sous une double influence : non seulement, il est tenu par les règles relatives à la charge de la preuve et ainsi par les éléments de preuve régulièrement exposés devant lui, mais comme l'affirma Henri Motulsky, le juge est aussi amené à chercher les moyens de confirmer une intuition quant à la qualification et *in fine* à la solution adéquate au litige. Le « fait du droit » est un construit[45].

En deuxième lieu, la perplexité face à l'idée d'« objectivité » des faits resurgit face à la notion d'erreur manifeste d'appréciation qui constitue une sorte de « cas-limite ». Cet être étrange du raisonnement juridique et juridictionnel, dont la doctrine a toujours eu du mal à définir la réalité, ainsi que les mérites[46], se situerait quelque part entre l'établissement des faits et leur qualification[47]. Quoiqu'il en soit de sa nature exacte, ce qui change fondamentalement avec l'insertion de ce contrôle de l'erreur manifeste au sein du contrôle de légalité, c'est que désormais le pouvoir discrétionnaire est soumis à l'examen du juge[48]. C'est une mutation fondamentale

---

44 Voir notamment, T. Ivanier, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, Paris, LGDJ, 1988, 361 p.

45 V. Petev, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in P. Amselek (dir.), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Aix-en-Provence, Bruylant, PUAM, 1995, p. 51 : ce fait du droit est le « résultat d'une construction mentale par *laquelle on saisit le monde des expériences* ».

46 B. Kornprobst, « L'erreur manifeste », *Dalloz*, 1965, Chr. XIX, p. 22 : selon les mots de l'auteur, la perception du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation oscille entre Zoro et Ioga, entre la figure du juge-héro et du juge-lâche.

47 Au regard de la pratique contentieuse européenne, il est possible de penser que sous couvert d'un terme unique, en réalité deux opérations du raisonnement juridique, qu'il faudrait distinguer davantage, sont réunies sous l'appellation appréciation des faits. D'une part, certains faits ne sont pas immédiatement établis par des constatations empiriques (ou jugées telles), car ils doivent être le fruit d'analyse ou d'évaluation. Par exemple, en droit des aides d'État, la qualification va dépendre de la rentabilité à court ou moyen terme de l'opération financière réalisé par l'État, qui va conditionner l'application du standard de l'investisseur normal en économie de marché. Cela suppose une analyse économique, qui est extérieure au droit, et qui pourtant en conditionne l'application. D'autre part, certaines opérations d'appréciation des faits constituent une forme de substitut à celle de la qualification juridique des faits, car il s'agit bien de mettre en rapport des constatations avec des dispositions légales. Il s'agit ici de voir si l'administration dans l'application de la règle de droit a agi dans les limites de la marge d'appréciation que lui confère le fondement normatif mobilisé. Par exemple, pour l'application du règlement européen sur les substances chimiques, l'agence européenne est libre d'apprécier, sous réserve d'une erreur manifeste, les effets néfastes plausibles d'une substance. Or, la vérification de tels « effets néfastes » constitue bien la condition légale posée par le règlement pour l'inscription de la substance sur la liste des substances soumises à autorisation. On peut penser que la retenue du juge vis-à-vis de ces deux formes de l'erreur manifeste d'appréciation est inégalement justifiable. D'ailleurs, il n'est pas rare que la seconde forme, par l'effet du temps et de l'expérience acquise disparaisse au profit d'un plein contrôle de la qualification juridique.

48 Sergio Neri écrit à propos de l'article 173 du Traité de Rome qu'« [à] défaut d'une disposition explicite autorisant la Cour à porter son examen sur l'appréciation faite par l'administration des

de ce dernier, qui auparavant ne répondait pas du recours pour excès de pouvoir et appartenait donc, en ce sens originel, à la sphère du fait[49]. Désormais, l'opportunité relève dans une certaine mesure de l'office du juge de la légalité.

À nouveau, cela soulève deux interrogations. D'abord, pourquoi la dimension manifeste de l'erreur fait entrer dans la compétence du juge de la légalité, une question qui à l'origine n'en fait pas partie ? Qu'est-ce qui dans l'évidence du manifeste, fait passer en ce sens l'erreur du monde des faits à celui du droit ? Ce qui interpelle ici, du point de vue de la distinction du fait et du droit, c'est donc la possibilité d'une objectivisation de l'appréciation des faits découlant du caractère manifeste de l'erreur. En soi, ce changement de nature est déjà un indice sérieux de la fragilité de la distinction du fait et du droit. Ensuite, on doit se demander ce qu'il se passe si le juge identifie une erreur qui ne soit pas manifeste. L'erreur simple en matière d'appréciation existe-t-elle et si oui que produit-elle ? À la suite de la doctrine administrative qui a étudié la notion d'erreur manifeste, il est tentant de penser qu'à défaut d'erreur manifeste, il y a le plus souvent pas d'erreur « tout court » de la part de l'administration (ou du législateur dans le contrôle de la loi)[50], ou du moins pas d'erreur identifiée et démontrable au terme de la procédure. Le caractère manifeste pourrait alors se réduire au mieux à un standard de preuve, au pire à pur un argument rhétorique.

En définitive, il ne semble pas qu'il y ait de différence ontologique ou épistémologiquement pertinente entre l'erreur d'appréciation et l'erreur manifeste d'appréciation, ni entre celle-ci et l'établissement des faits ou la qualification juridique. On a pourtant souvent justifié la technique de l'erreur manifeste en invoquant la complexité des faits sur lesquels elle s'applique, complexité qui impliquerait la nécessité d'opérer à leur égard un jugement de valeur. De même, si le juge considère ou si l'on considère qu'il ne doit pas s'autoriser à effectuer lui-même ces appréciations, c'est parce qu'il s'agirait de jugements non-juridiques. Tous ces arguments reposent sur un présupposé : le droit aurait donc une nature particulière, un contenu, un domaine prédéfini dans lequel ne rentreraient pas ces faits complexes, ou du moins les jugements opérés à leur égard[51]. Or, cette affirmation ne peut se revendiquer ni

---

circonstances économiques, vaut le principe général suivant lequel l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif reste normalement soustrait au contrôle du juge » ; avant d'ajouter que « [c]ette conclusion est d'ailleurs suggérée par la notion même de "contrôle de légalité" » (« Le recours en annulation dans les communautés européennes : rôle et limites », *RMC*, 1967, n° 105, p. 454). S'appuyant sur la définition classique de Maurice Hauriou, selon laquelle « une matière n'est contentieuse que dans la mesure où la décision de l'administration n'est pas l'expression de son pouvoir discrétionnaire », celui-ci justifiait donc une continuité des solutions françaises et communautaires.

49 Ainsi Michoud disait-il en 1914 : il y a pouvoir discrétionnaire toutes « les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit » (« Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Revue générale d'administration*, 1914, Tome III, p. 9).

50 En ce sens, S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, p. 615.

51 Ainsi, pour Jean Rivero, déterminer si les faits de l'espèce doivent ouvrir au sein du droit une forme de liberté au profit de l'autorité décisionnelle consiste à se demander : « cette qualification juridique

du dualisme ontologique kelsénien, entre l'*être* et le *devoir-être*, ni d'une opposition entre le subjectivisme et l'objectivisme, ce à quoi il faut encore ajouter que conformément à la « loi de Hume »[52], la subsumption impliquée dans la réalisation du droit n'est jamais le fruit d'une opération logique et objective : qualification juridique ou appréciation des faits, l'opération réalisée est toujours acte de volonté.

Au terme des recherches sur la jurisprudence européenne, et conformément aux résultats de ceux qui avaient ouvert ce sillon en droit interne, n'est ainsi apparu aucun argument péremptoire au soutien d'une explication *a priori* du pouvoir discrétionnaire, mais au contraire la preuve d'un apriorisme sur ce qu'*est* le droit et ce que *devrait être* en conséquence la place du juge.

IV. La dimension déontologique de la distinction du fait et du droit

Dans le dernier temps de notre proposition, il faut donc élucider la raison d'être du maintien de la distinction du fait et du droit dans la pratique du contentieux de la légalité. Le présupposé réaliste utilisé pousse à croire que le seul emploi dans l'actuel article 263 TFUE de la classification des moyens d'annulation héritée du droit français ne suffit pas à cet égard. Autrement dit, le déterminisme voulu par les négociateurs des traités n'est pas seul de nature à expliquer pourquoi cette détermination de l'office du juge par la distinction du fait et du droit se vérifie effectivement dans la pratique juridictionnelle observée.

À la suite des travaux sur l'excès de pouvoir ou la cassation, il fallait donc tenter de dépasser le constat suivant : en toute logique « [t]out juge chargé d'assurer l'application de la loi devrait donc connaître des faits », et donc c'est « arbitrairement par une définition conventionnelle qu'on oppose erreur de fait et violation de la loi »[53]. Autrement dit, si la distinction n'apparaît plus que comme « une formule commode »[54], il faut s'interroger, après avoir constaté la disposition réelle du fait et du droit dans le contrôle juridictionnel, sur la signification ou la finalité d'une distinction ainsi (re)construite. C'est, en ce sens, à l'identification des « raisons politiques »[55] qui président à la détermination du fait et du droit qu'il faut s'intéresser.

Dans le cas français, les travaux de Marty et de Goldenberg montraient clairement que c'est le respect dû à la Loi qui commandait le principe de la distinction et ses modalités de mise en œuvre. Ainsi, pour le Conseil d'État, la raison

---

des faits constitue-t-elle une opération juridique ou une pure appréciation des faits ? » (*op. cit.*, p. 473). On ne voit toutefois pas ce qui pourrait déterminer cette limite, extérieure à la volonté du juge, et ce d'autant moins que le champ des opérations comprises comme « juridiques » est variable dans le temps.

52 Voir pour une analyse de ces conséquences pour le raisonnement juridique : P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2004, n° 39, p. 201.

53 L. Goldenberg *op. cit.*, p. 14-15.

54 G. Marty, *op. cit.*, p. 363.

55 L. Goldenberg, *op. cit.*, p. 16.

d'être de la distinction était d'interdire au juge de reprendre la liberté que le législateur avait concédé, intentionnellement ou non, à l'administration[56]. Même dans la sophistication progressive du contentieux de l'excès de pouvoir, qui permettra de dépasser l'interdit initial du contrôle des motifs de fait des actes administratifs, le juge devra toujours paraître respectueux du dogme. Dans ce contrôle de la « légalité *totale* », on retrouvera alors au terme d'une nouvelle délimitation le fait – extérieur au domaine de la légalité – dans l'impossibilité « de censurer l'acte pour des motifs extra-juridiques, pour des raisons de pur fait n'ayant eu aucune incidence sur la légalité, c'est-à-dire pour des raisons d'opportunité »[57]. La distinction du fait et du droit finalisée, fonctionnelle, est donc liée à une certaine conception du rôle du pouvoir juridictionnel : ainsi, « devant le juge administratif français, le problème de la distinction du fait et du droit devient celui de la distinction entre légalité et opportunité »[58]. L'opportunité restant toujours la part de l'administration, tant que la Loi n'aura pas vidé sa place dans la réalisation de la règle de droit.

La même pratique et les mêmes raisons se retrouvent devant la Cour de justice de l'Union européenne. La distinction du fait et du droit y est, d'une part, le fruit d'une certaine « idéologie normative »[59] à laquelle le juge adhère : pour l'essentiel elle se manifeste par l'adhésion au dogme de la séparation des pouvoirs, vis-à-vis des institutions européennes, mais aussi des États membres. La distinction est, d'autre part, l'argument rhétorique qui permet de justifier la retenue du juge, de façon globalement satisfaisante aux yeux des acteurs du monde juridique. La distinction est ainsi un présupposé utile, bien qu'elle ne soit pas en pratique très contraignante pour le juge qui en définit la configuration concrète et le fait de manière variable.

C'est là que réside la force déontologique de la distinction : elle sert à indiquer et à justifier dans le même temps la place des différents acteurs juridiques. Par la distinction, le juge exerce la Maât et définit ainsi l'ordre global du droit, en déterminant dans un cas particulier la solution qu'implique cet ordre.

En ce sens, la distinction du fait et du droit est une notion référentielle. Elle est à la fois dépendante du point de vue depuis lequel l'observateur aborde les choses, mais elle est aussi constitutive à l'intérieur de ce point de vue de l'organisation des choses, elle est une structure. Distincts dans leur principe, et même antagonistes dans la mesure où on les opposerait en termes d'être et de devoir-être, le fait et le droit se révèlent liés dans l'entreprise juridique : extérieurs et pourtant interdépendants. Différenciation sans dichotomie, cette ambivalence

---

[56] Ce qui suppose incidemment de reconnaître dans le silence de la loi un principe de liberté d'action à cette administration, contrairement au modèle allemand du droit administratif érigé depuis les fondements du principe de proportionnalité.

[57] J. Rivero, *op. cit.*, p. 464.

[58] *Id.*

[59] Sur ce concept voir notamment : R. Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 249 ; E. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 122.

est la source de tout le jeu que l'on observe dans l'application concrète d'une distinction qui est enjeu d'ordonnancement des choses du monde juridique.

Ce relativisme amène ainsi à retenir qu'il n'existe aucune distinction « par nature » du fait et du droit dans la pratique juridique, mais qu'en réalité l'existence – concrète – d'une telle distinction est le résultat d'un processus normatif qui conduit à identifier d'un côté le fait, et de l'autre le droit, et donc qui est responsable de quoi.

Pour conclure, et montrer ainsi sa « dimension totale », il faut dire que cette dimension structurante et systémique de la distinction ne se résume pas au recours en annulation au sein du contentieux européen. Évidemment, comme en droit interne, elle se retrouve également dans la mise en œuvre du pourvoi dans le système juridictionnel européen[60]. Mais, elle se retrouve encore dans le cadre des renvois préjudiciels qui assurent la coopération des juges nationaux autour de la distinction entre l'application et l'interprétation de la règle juridique européenne. Alors que les questions de fait sont en principe du ressort de la compétence des juridictions nationales, les incursions fréquentes de la Cour de justice confirment à nouveau la porosité et la malléabilité d'une distinction au cœur de la *juris dictio*[61]. À la vérité, et malgré les précautions que nous avons prises quant aux possibilités de généralisation des propositions ici exposées, l'intuition qui résulte de nos recherches est celle d'une universalisation possible de ces résultats. En ce sens, « l'étude de la différence de la distinction envisagée dans les divers domaines et dans les différents droits », suscitée par les Professeurs Nader Hakim et Mathieu Devinat, semble de nature à « éclairer le fonctionnement réel de l'argumentation juridique »[62].

---

[60] « Pour le Conseil d'État, juge de l'excès de pouvoir et donc de la légalité d'un acte administratif, le légal, c'est le droit ; l'opportun, c'est le fait. Pour le Conseil d'État, juge de cassation en matière d'excès de pouvoir et donc juge de la légalité d'un acte juridictionnel, le droit, c'est ce qu'il contrôle, et le fait, tout le reste. Tant et si bien que la distinction du fait et du droit en matière administrative mue pour rendre compte de l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir ou du juge de cassation » (Ch. Vautrot-Schwarz, *op. cit.*, p. 92).

[61] Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à nos développements sur le renvoi préjudiciel en interprétation : F.-V. Guiot, *op. cit.*, p. 777.

[62] T. Ascarelli, « Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne », *Dialectica*, 1961, Vol. 15, n° 3/4, « Le fait et le droit », p. 445.

LE SEMESTRE EUROPÉEN SAUVERA-T-IL L'*ÉTAT* DE DROIT ?

Louise FROMONT
Docteure en droit, chargée de recherches au FNRS belge et chargée d'enseignement à l'Université libre de Bruxelles, Belgique

Arnaud VAN WAEYENBERGE
Professeur HEC Paris/Université Libre de Bruxelles et président du Centre Perelman (ULB) Belgique

Résumé : En raison de l'insuffisance de l'Article 7 TUE et de la voie judiciaire pour enrayer le recul de l'État de droit au sein de plusieurs États membre de l'Union européenne, la Commission européenne développe, depuis plusieurs années, une nouvelle stratégie qui repose sur la création de nouveaux instruments d'action publique de type techno-managérial. La présente contribution tend à analyser, au moyen d'une approche pragmatique du droit couplée à une approche par les instruments, l'un de ces outils techno-managériaux : le Semestre européen. Cette analyse entend démontrer la place de plus en plus centrale qu'occupe le Semestre afin de lutter contre les violations de l'État de droit mais également identifier les conséquences qu'emporte l'utilisation de cet instrument pour l'ordre juridique européen.

Mots-clefs : État de droit – Semestre européen – Pragmatisme – Valeurs – Crise

Abstract *: Due to the inadequacy of Article 7 TEU and of the case-law of the CJEU to counter the decline of the rule of law in several EU Member States, the European Commission has been developing a new strategy for several years. This strategy is based on the creation of new techno-managerial instruments. This contribution aims to analyse one of these tools, the European Semester, by means of a pragmatic approach to law coupled with an approach based on instruments. This analysis aims to demonstrate the increasingly central role of the Semester in the fight against violations of the rule of law, but also to identify the consequences of the use of this instrument for the European legal order.*

Keywords *: Rule of Law – European Semester – Pragmatism – Values – Crisis*

L'Europe est aujourd'hui confrontée à une « crise des valeurs »[1]. Cette dernière se caractérise par une détérioration systémique dans certains États membres des valeurs fondatrices de l'Union européenne consacrées à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE »), telles que la démocratie, le principe d'égalité, l'État de droit et les droits fondamentaux. Plusieurs États membres connaissent, en effet, un recul de l'État de droit, en particulier la Pologne et la Hongrie[2], au point de donner progressivement naissance à des autocraties électorales[3] qui cherchent à saper les limites imposées à l'exercice du pouvoir exécutif. Cette crise de l'État de droit engendre, au niveau de l'Union, une véritable crise identitaire, étant donné qu'elle ébranle la dimension axiologique de la construction européenne, selon laquelle les États membres partageraient un idéal et une destinée en commun[4].

Afin d'enrayer la détérioration des valeurs européennes, l'Union européenne a été confrontée au manque d'outils mis en place par les traités européens afin de s'assurer qu'un État membre de l'Union respecte bien ses valeurs fondatrices. En effet, le droit primaire de l'Union ne prévoit qu'un outil politique, l'article 7 TUE, et des outils juridictionnels. Or, pour des raisons à la fois politiques et juridiques, ces outils se sont révélés inefficaces[5].

---

1 M. Waelbroeck et P. Oliver, « La crise de l'état de droit dans l'Union européenne : que faire ? », *Cahiers de droit européen*, 2017, p. 307 et s.

2 L. Pech et K.-L. Scheppele, « Illeberalism Within : Rule of Law Backsliding in the EU », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, vol. 19, p. 3 à 47.

3 Ce terme a notamment été utilisé par le Parlement européen à l'égard de la Hongrie : Résolution du Parlement européen du 15 septembre 2022 sur la proposition de décision du Conseil constatant, conformément l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, *P9_TA(2022)0324*, point 2.

4 C. Rizcallah, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne : un principe essentiel à l'épreuve d'une crise des valeurs,* Bruxelles, Bruylant, 2020.

5 Voir parmi une abondante littérature, sur les outils politiques : C. Closa et D. Kochenov (éd.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 ; A. Jakab et D. Kochenov (éd.), *The enforcement of EU law and values : ensuring Member States' compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017 ; T. Konstadinides, *The Rule of Law in the European Union – The internal dimension*, Oxford, Hart Publishing, 2017 ; W. Schroeder (éd.), *Strengthening the Rule of Law in Europe – from common concept to mechanisms of implementation,* Londres, Bloomsbury / Hart, 2016 ; A. von Bogdandy et M. Ioannidis, « Systemic Deficiency in the Rule of Law : What it is, What Has Been Done, What Can Be Done », *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 à 96. V. sur le recours à la voie juridictionnelle : P. Bogdanowicz et M. Schmidt, « The infringement procedure in the rule of law crisis : How to make effective use of Article 258 TFEU », *Common Market Law Review*, 2018, p. 1061 à 1100 ; D. Kochenov, « Biting Intergovernmentalism : The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make it a Viable Rule of Law Enforcement Tool », *The Hague Journal on the Rule of Law*, 2015, p. 153 à 174 ; K. L. Scheppele, « Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions », *in* C. Closa et D. Kochenov (éd.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 105 à 132.

D'un côté, l'article 7 TUE introduit deux procédures destinées à protéger les valeurs européennes[6]. Une première procédure préventive permet au Conseil, à la majorité des 4/5e, de constater « un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2 [TUE] ». La seconde, cette fois-ci corrective, permet au Conseil européen, à l'unanimité, de constater l'existence d'une violation grave et persistante des valeurs européennes par un État membre et ouvre la possibilité pour le Conseil, à la majorité qualifiée, de prononcer la suspension de certains droits découlant de l'appartenance à l'Union de cet État membre. Si une procédure préventive a été enclenchée à l'encontre de la Pologne[7] en 2017 et de la Hongrie[8] en 2018, le dossier est toujours en suspens au Conseil en raison de la difficulté à atteindre la majorité requise par le TUE.

D'un autre côté, les traités européens offrent différentes voies juridictionnelles, en particulier le recours en manquement et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE »)[9]. Bien que ces voies judiciaires ne soient pas des outils spécifiques pour traiter des violations des valeurs de l'Union, la CJUE s'est récemment montrée inventive[10] et a exercé un contrôle sur les réformes introduites par les gouvernements polonais et hongrois quant à leur compatibilité avec le respect de l'État de droit. Dans ce cadre, ces deux États membres ont été condamnés à de multiples reprises[11] mais n'ont pas toujours donné suite à ces condamnations.

En raison de l'insuffisance de ces deux dispositifs pour enrayer le recul de l'État de droit au sein de plusieurs pays européens, la Commission européenne développe, depuis plusieurs années, une nouvelle stratégie[12]. Outre la création

---

6 Pour une analyse complète de cet article, v. D. Kochenov, « Article 7 : un commentaire de la fameuse disposition "morte" », *Revue des affaires européennes*, 2019, p. 33 à 50.

7 Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, *COM(2017) 835 final*, Bruxelles, 20 décembre 2017.

8 Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131[INL]), *P8_TA- PROV(2018)0340*.

9 V. Réveillère, « L'État de droit : le concept au travail en droit de l'Union européenne », *Revue des Affaires Européennes*, 2019, p. 17 à 31 ; L. Badet, « À propos de l'article 19 du Traité sur l'Union européenne, pierre angulaire de l'action de l'Union européenne pour la sauvegarde de l'État de droit », *Cahiers de droit européen*, 2020, p. 57 et s.

10 Arrêt de la Cour de justice du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP)*, C-64/16, EU:C:2018:117.

11 Voir notamment arrêts de la Cour de justice du 25 juillet 2018, *LM*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 ; du 26 mars 2020*, Miasto Łowicz* (Régime disciplinaire concernant les magistrats), C-558/18 et C-563/18, EU:C:2020:234 ; du 2 mars 2021, *A.B.*, C-824/18, EU:C:2021:153 ; du 20 avril 2021, *WY*, C-896/19, EU:C:2021:311 ; du 6 octobre 2021, *W.Ż.*, C-487/19, EU:C:2021:798 ; du 16 novembre 2021, *WB et a.*, C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:931 ; du 22 février 2022, *RS*, C-430/21, EU:C:2022:99 ; du 22 mars 2022, *M.F.*, C-508/19, EU:C:2022:201.

12 L. Fromont et A. Van Waeyenberge, « Trading rule of law for recovery ? The new EU strategy in the post-Covid era », *European Law Journal*, 2022, p. 1 à 16.

de nouveaux instruments, tels que le Cadre et le Rapport pour l'État de droit, l'Union s'appuie désormais sur des outils qui n'ont pas pour objet la protection de l'État de droit mais qui permettent indirectement d'en garantir certains aspects. La présente contribution tend à analyser l'un de ces outils techno-managériaux : le Semestre européen. À cette fin, une approche pragmatique du droit couplée à une approche par les instruments sera utilisée.

Le pragmatisme fait référence à une « philosophie de l'action, orientée vers l'innovation, qui cherche aujourd'hui, dans le domaine juridique, à développer des solutions pratiques aux questions et problèmes concrets posés par la régulation et le respect des droits dans des environnements post-nationaux »[13]. Cette méthodologie semble adéquate pour appréhender et comprendre le sens précis donné à l'État de droit dans le cadre de cette nouvelle stratégie. En effet, elle permet d'étudier l'État de droit du point de vue de son application à une situation concrète, où il prend son sens et produit ses effets. D'un point de vue pragmatique, la valeur d'une norme ne dépend pas tant de son origine ou de son auteur, mais plutôt de l'importance des effets régulateurs qu'elle produit. En d'autres termes, le droit est son application[14].

L'approche par les instruments part, quant à elle, de l'instrument d'action publique et en fait sa principale variable d'analyse. Cette approche fait référence à « l'ensemble des problèmes posés par le choix et l'usage des outils (des techniques, des moyens d'opérer, des dispositifs) qui permettent de matérialiser et d'opérationnaliser l'action gouvernementale. Il s'agit non seulement de comprendre les raisons qui poussent à retenir tel instrument plutôt que tel autre, mais d'envisager également les effets produits par ces choix »[15].

Forts de ces méthodes, nous démontrerons que le recours au Semestre européen en matière d'État de droit met à mal la distinction fait/droit au point de les confondre et qu'elle emporte une série de conséquences inquiétantes pour le système constitutionnel européen. À cette fin, nous analyserons, dans un premier temps, l'origine, le rôle, les caractéristiques du Semestre européen et la manière dont celui-ci est utilisé dans le cadre de la crise de l'État de droit (I). Dans un second temps, nous analyserons les conséquences de son application sur une série de principes essentiels de l'ordre juridique européen (II).

---

13 B. Frydman, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », *Centre Perelman Working Paper*, 2014. Voir également R. Summers, « Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use », *Cornell Law Review,* 1980-1981, p. 861 à 948.

14 J. Dewey, *My philosophy of law. Credos of Sixteen American Scholars*, Julius Rosenthal Law Foundation, Boston Law Books, 1941, p. 73 à 85 ; L. Israel et J. Grosdidier, « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2014, p. 27 et s.

15 P. Lascoumes et P. Legalès, « L'action publique saisie par ses instrument », *in Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 12.

I. Le Semestre européen comme outil de la lutte pour le respect de l'État de droit[16]

Le Semestre européen, créé en 2010, est un cycle (non contraignant) de coordination des politiques économiques, budgétaires et sociales au sein de l'Union[17]. Il s'inscrit dans le cadre de la gouvernance économique de l'Union européenne et a évolué en intégrant d'autres domaines d'action pertinents dans le processus**,** notamment les questions environnementales. Le point culminant du Semestre européen est l'adoption par le Conseil, sur recommandation de la Commission, de recommandations spécifiques par pays (ci-après « RSP ») dont les États membres doivent ensuite tenir compte dans l'élaboration de leurs politiques nationales. Si le Semestre joue depuis sa création un rôle dans la promotion de l'État de droit, ce rôle s'est récemment accentué en raison de la mise en place du plan de relance européen à la suite de la pandémie de la Covid-19, *Next Generation EU*.

Depuis l'origine, le Semestre européen intègre des dimensions liées à l'État de droit. Dans sa communication intitulée « Poursuivre le renforcement de l'État de droit au sein de l'Union »[18], la Commission avait ainsi présenté le Semestre européen comme « un important cadre d'alerte précoce et de prévention » pour « traiter les problèmes d'État de droit dans les États membres avant qu'il ne soit nécessaire de recourir à l'article 7 »[19]. Instrument économique et budgétaire, le Semestre européen se concentre dès lors sur les dimensions de l'État de droit qui sont susceptibles d'exercer une influence sur l'environnement des entreprises. Sont particulièrement concernées les problématiques liées à la justice et à la lutte contre la corruption, la fraude et les conflits d'intérêts. Ainsi que l'expliquait la Commission en mai 2022,

> « la poursuite des efforts visant à renforcer l'État de droit, en particulier des systèmes judiciaires indépendants, efficaces et de qualité et des cadres anticorruption performants, est essentielle pour garantir la solidité de la résilience institutionnelle des États membres et un environnement favorable aux entreprises »[20].

Par exemple, en 2019, l'une des recommandations spécifiques adressées à la Hongrie portait sur la nécessité de renforcer son cadre de lutte contre la corrup-

---

16 Ce sous-chapitre se base essentiellement sur L. Fromont et A. Van Waeyenberge, « Trading Rule of Law for Recovery? The new EU strategy in the post-Covid era », *op. cit.*, p. 1 à 16.

17 Section 1 *bis* du règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques tel que modifié par le règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011, *J.O.* L 306 du 23 novembre 2011, p. 12.

18 Communication de la Commission, « Poursuivre le renforcement de l'état de droit au sein de l'Union. État des lieux et prochaines étapes envisageables », *COM(2019) 163 final*, Bruxelles, 3 avril 2019.

19 *Ibid.*, p. 4.

20 Communication de la Commission, « Semestre européen 2022 – paquet de printemps », *COM(2022) 600 final*, Bruxelles, 23 mai 2022, p. 8.

tion, « notamment en améliorant les efforts de poursuite et l'accès aux informations publiques, et de renforcer l'indépendance judiciaire »[21].

À la suite de la pandémie de la Covid-19, l'importance du Semestre européen s'est encore accentuée. La raison tient au fait que le principal instrument de mise en œuvre du plan de relance, la Facilité pour la reprise et la résilience (ci-après « FRR »), est, à plusieurs égards, intimement lié au Semestre européen.

Premièrement, la FRR vise à apporter un soutien financier aux réformes et aux investissements entrepris par les États membres afin de promouvoir la cohésion économique, sociale et territoriale[22]. Toutefois, la FRR contient une conditionnalité macroéconomique : pour pouvoir bénéficier de ses financements, les États membres doivent se conformer aux recommandations spécifiques qui leur ont été adressées dans le cadre du Semestre européen. Concrètement, les États membres ont dû présenter un « plan national pour la reprise et la résilience » expliquant en détail leur programme de réformes et d'investissements. Ces plans devaient être « cohérents avec les défis et priorités par pays recensés dans le cadre du Semestre européen »[23], en particulier avec les recommandations émises au cours des cycles de 2019 et de 2020[24]. Les plans nationaux ont ensuite été évalués par la Commission européenne, avant d'être approuvés par une décision d'exécution du Conseil. Lors de cette évaluation, la Commission vérifie que les plans contribuent « à relever efficacement l'ensemble ou une partie non négligeable des défis recensés dans les recommandations par pays pertinentes »[25]. Ce critère devrait « obtenir le score le plus élevé »[26].

Deuxièmement, les États membres sont tenus responsables des progrès réalisés dans la mise en œuvre de ces plans dans le cadre du Semestre européen. Ce suivi s'effectue principalement à travers l'obligation imposée aux États membres de rapporter leurs progrès deux fois par an et à travers l'établissement d'indicateurs communs[27]. Ces indicateurs, au nombre de quatorze, ont été intégrés dans un tableau de bord pour la reprise et la résilience[28]. Aucun d'entre eux n'est relatif

---

21 Recommandation du Conseil du 9 juillet 2019 concernant le programme national de réforme 2019 de la Hongrie et rendant un avis du Conseil sur le programme de convergence 2019 de la Hongrie, *J.O.* C 301 du 5 septembre 2019, p. 101, recommandation 4.

22 Article 4, § 1er, Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience, *J.O.* L 57 du 18 février 2021, p. 17.

23 *Ibid.*, considérant n° 32 et article 17, § 3.

24 Communication de la Commission, « Stratégie annuelle 2021 pour une croissance durable », *COM(2020) 575 final*, Bruxelles, 17 septembre 2020, p. 5.

25 Article 19, § 3, b, Règlement (UE) 2021/241, *op. cit.*

26 *Ibid.*, considérant n° 42.

27 *Ibid.*, articles 27 et 29, § 4.

28 *Ibid.*, article 30. Voir également règlement délégué (UE) 2021/2106 de la Commission du 28 septembre 2021 complétant le règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil établissant la facilité pour la reprise et la résilience en vue de définir les indicateurs communs et les éléments détaillés du tableau de bord pour la reprise et la résilience, *JO* L 429 du 1er décembre 2021, p. 83.

à l'État de droit, en particulier à l'indépendance de la justice et à la lutte contre la fraude et la corruption. Toutefois, cette circonstance n'implique pas une absence de suivi en la matière. En effet, d'autres indicateurs présents dans le Semestre européen couvrent déjà ces domaines, tels que le tableau de bord pour la justice de l'Union, ou d'autres mécanismes, tels que le rapport pour l'État de droit, permettent un suivi annuel de la situation en termes d'État de droit au sein des États membres. Comme l'a expliqué la Commission, « les évaluations fournies dans le rapport annuel constitueraient un point de référence pour le semestre européen, le tableau de bord de la justice de l'UE et Next Generation EU »[29]. La libération des fonds de la FRR n'intervient que si la Commission estime que les objectifs d'un plan pour la reprise et la résilience ont été atteints « de manière satisfaisante »[30]. Dans certains cas, en particulier en cas de fraude, de corruption ou de conflits d'intérêts portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, les financements de l'Union pourront être réduits, voire recouvrés[31].

Le Semestre européen représente un outil particulièrement puissant, étant donné qu'il est un processus bien établi au cours duquel un dialogue a lieu entre les institutions européennes et les États membres sur le contenu des réformes et des investissements à mettre en place. Le Semestre européen présente ainsi l'avantage, d'une part, de recommander des réformes aux États membres en fonction des problèmes spécifiques qu'ils rencontrent et, d'autre part, de permettre à la Commission et au Conseil, lors des discussions sur les RSP, d'obtenir des engagements de réformes de la part des États membres et d'en évaluer la mise en œuvre.

Le Semestre européen apparaît ainsi comme le symbole par excellence de la diversification des moyens d'action de l'Union pour lutter contre le déclin de l'État de droit en Europe et marque, ce faisant, l'émergence d'une nouvelle stratégie qui tente d'exploiter tout le potentiel des politiques économiques et budgétaires de l'Union en termes de protection de l'État de droit, ce qui n'est pas sans incidence sur l'ordre constitutionnel européen et la distinction entre fait et droit.

II. Le Semestre européen comme outil d'européanisation des politiques nationales

Le recours accru au Semestre européen, notamment pour assurer la protection de l'État de droit, provoque un double mouvement. En intégrant des préoccupations liées à l'État de droit, les institutions européennes sont en mesure d'influencer les États membres dans la conduite de politiques qui relèvent toujours de la compétence des États membres. Simultanément, cette « européanisation » des politiques nationales sous-jacentes à l'État de droit permet de renforcer des

[29] Communication de la Commission, « Rapport 2020 sur l'état de droit. La situation de l'état de droit dans l'Union européenne », *COM(2020) 580 final*, Bruxelles, 30 septembre 2020, p. 3.

[30] Considérant n° 52 Règlement (UE) 2021/241, *op. cit.*

[31] *Ibid.*, article 22.

institutions de l'Union européenne exerçant des fonctions exécutives, en premier lieu la Commission et le Conseil.

Premièrement, le Semestre européen encourage – voire à travers la FRR oblige – les États membres à suivre les recommandations de réformes et d'investissements présentées par les institutions européennes dans des domaines dont la responsabilité incombe toujours aux États membres. Tel est le cas, par exemple, de l'organisation des systèmes judiciaires nationaux qui, ainsi que l'a rappelé la Cour de justice, relève de la compétence des États membres. La Cour précise néanmoins que « dans l'exercice de cette compétence, les États membres sont tenus de respecter les obligations qui découlent pour eux du droit de l'Union »[32], en particulier l'indépendance de la justice[33].

La protection de l'État de droit à travers le Semestre européen n'implique, cependant, pas de violation, en tant que telle, des règles répartitrices de compétences entre l'Union européenne et ses États membres[34]. La Cour de justice a déjà eu l'occasion d'affirmer que

> « l'article 2 TUE ne constitue pas une simple énonciation d'orientations ou d'intentions de nature politique, mais contient des valeurs qui relèvent […] de l'identité même de l'Union en tant qu'ordre juridique commun, valeurs qui sont concrétisées dans des principes comportant des obligations juridiquement contraignantes pour les États membres »[35].

Elle en a déduit que, « en exigeant des États membres qu'ils respectent [lors de l'exercice de leurs compétences] ainsi les obligations qui découlent, pour eux, du droit de l'Union, l'Union ne prétend aucunement exercer elle-même ces compétences ni, partant s'arroger celles-ci »[36].

Le recours au Semestre européen, afin d'influencer les politiques nationales, s'apparente davantage à une forme d'européanisation des politiques nationales liées à l'État de droit. La littérature juridique utilise parfois le concept de *competence creep* afin de décrire ce phénomène[37]. Dans son acceptation large, le concept de

---

32 Arrêt de la Cour de justice du 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619/18, EU:C:2019:531, point 52.

33 Arrêt de la Cour du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, *op. cit.*

34 Conformément au principe d'attribution des compétences consacré à l'article 5, § 2, TUE.

35 Arrêt de la Cour du 16 février 2022, *Pologne c. Parlement et Conseil*, *op. cit.*, point 264.

36 *Ibid.*, point 270.

37 Voir par rapport au règlement 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union (*J.O.* L 433I du 22 décembre 2020, p. 1) : A. Baraggia et M. Bonelli, *op. cit.*, p. 147. Sur cette notion, v. S. Weatherill, « Competence Creep and Competence Control », *YEL*, 2004, vol. 23, n° 1, p. 1 à 55. D'autres concepts sont parfois mobilisés en sciences politiques comme celui de *integration by stealth* (G. Majone, *Dilemmas of European Integration : The ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford, OUP, 2005) ou de *covert integration* (A. Héritier, « Covert Integration of Core State Powers : Renegotiating Incomplete Contracts », in Ph. Genschel et M. Jachtenfuchs (éd.), *Beyond the regulatory polity ? The European integration of core state powers*, Oxford, OUP, 2014, p. 230). Sacha

competence creep renvoie aux différentes méthodes d'intervention de l'Union dans des domaines où elle ne possède pas de compétences spécifiques, essentiellement à travers des outils ou des processus non contraignants (comme la méthode ouverte de coordination, les incitations financières, ou encore les mécanismes d'intégration parallèle)[38]. Le Semestre européen s'inscrit dès lors particulièrement bien dans ce modèle. Il s'agit initialement d'un processus non contraignant qui adresse des recommandations que les États doivent traduire en politiques nationales ; ces dernières étant par la suite évaluées et comparées au moyen d'indicateurs. L'obtention de résultats dans la mise en œuvre des recommandations est, en outre, désormais récompensée par un soutien financier direct à travers la FRR[39].

Aussi, si le Semestre européen a pu être qualifié d'instrument de *soft law*, il produit des effets sur la conduite des politiques nationales. Récemment, par exemple, la Pologne s'est engagée à une réforme globale du régime disciplinaire applicable aux juges polonais afin de renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire. Cet engagement a conduit la Commission européenne à approuver le plan pour la reprise et la résilience polonais le 1er juin 2022[40], ce qui n'a pas manqué de choquer certains observateurs[41]. Dans le même sens, la Hongrie s'est engagée à adopter des réformes de son cadre de lutte contre la fraude, la corruption et les conflits d'intérêts afin de débloquer les financements européens[42].

Deuxièmement, l'européanisation progressive des politiques liées à l'État de droit renforce la « dominance exécutive »[43] au sein de l'Union européenne, c'est-à-dire l'importance prise par les institutions européennes exerçant des fonctions

---

Garben propose le concept de *harmonisation by stealth* en vue de concilier les perspectives juridiques et de sciences politiques (S. Garben, *op. cit.*, p. 303).

38 Voir A. Prechal, « Competence Creep and General Principles of Law », *Review of European and Administrative Law*, 2010, vol. 3, n° 1, p. 5 à 22 ; S. Garben, « Restating the Problem of Competence Creep, Tackling Harmonisation by Stealth and Reinstating the Legislator », *in* S. Garben et I. Govaere (éd.), *The Division of Competences between the EU and the Member States : Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, Hart, 2017, p. 301 et 302.

39 Considérant n° 17 Règlement (UE) 2021/241, *op. cit.*

40 Commission européenne, « NextGenerationEU : la Commission européenne approuve le plan pour la reprise et la résilience de la Pologne, doté d'une enveloppe de 35,4 milliards d'euros », *Communiqué de presse*, 1er juin 2022.

41 Voir en particulier le recours en annulation contre la décision du Conseil du 17 juin 2022 approuvant le plan polonais pour la reprise et la résilience introduit par quatre associations de magistrats : The Good Lobby Profs, « TGL Profs action in support of unprecedented lawsuit against the Council of the EU's decision to approve Poland's recovery and resilience plan », *Communiqué de presse*, 28 août 2022, disponible sur <https://www.thegoodlobby.eu/wp-content/uploads/2022/08/TGL-Profs-Press-Release-28-Aug-2022-.pdf>.

42 J. Le Pavous, « En Hongrie, des réformes de façade pour amadouer la Commission européenne », *Le Soir*, 22 septembre 2022.

43 D. Curtin, *Executive power of the European Union : Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford, OUP, 2009 ; D. Curtin, « Democratic Accountability of EU Executive Power : A Reform Agenda for Parliaments », in F. Fabbrini, E. Hirsch Ballin et H. Somsen (éd.), *What form of Government for the European Union and the Eurozone ?*, Oxford, Hart, 2015, p. 171 à 194.

exécutives. En effet, ce sont principalement la Commission européenne et le Conseil qui sont à la manœuvre dans le cadre du Semestre européen. C'est ainsi à la Commission qu'il appartient de définir les priorités du Semestre européen, d'établir les indicateurs pertinents, de réaliser les rapports par pays – qui analysent, État par État, les problèmes économiques et sociaux auxquels ils font face – ou encore qui est la destinataire des programmes nationaux de réforme des États membres. C'est également la Commission qui présente les recommandations spécifiques par pays qui devront être adoptées par le Conseil. C'est encore la Commission qui examine les projets de plan budgétaire des États membres de la zone euro ou qui est chargée de présenter au Conseil des propositions de sanctions financières[44].

En revanche, le Parlement européen n'est que marginalement associé au Semestre européen, bien qu'il ait participé à sa mise en place. Outre un droit d'information, il a uniquement été décidé de lui accorder, lors de la réforme de la gouvernance économique européenne à la suite de la crise des dettes souveraines, un dialogue économique[45], sur le modèle du dialogue monétaire qui existe entre le Parlement européen et la Banque centrale européenne. Le dialogue économique permet à la commission compétente du Parlement européen d'inviter les présidents des organes en charge de la gouvernance économique européenne (Conseil, Eurogroupe, Commission, Conseil européen, Banque centrale européenne, Mécanisme européen de stabilité) à discuter devant elle des décisions adoptées. Le dialogue peut même conduire à un échange de vues entre le Parlement européen et l'État membre éventuellement concerné par une mesure. Dans le cadre de la FRR, il a également été décidé d'introduire un « dialogue pour la reprise et la résilience ». Celui-ci peut porter sur les plans pour la reprise et la résilience des États membres et leur évaluation, l'état de la reprise, de la résilience et de la

---

44 Sur le Semestre européen, v. L. Fromont, *La gouvernance économique européenne. Les conséquences constitutionnelles d'une décennie de crises*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 176 à 190.

45 Article 3 Règlement (UE) n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, *JO* L 306 du 23 novembre 2011, p. 1 ; article 6 Règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, *JO* L 306 du 23 novembre 2011, p. 8 ; article 2*bis ter* règlement (CE) n° 1466/97, *op. cit.* ; article 14 Règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, *JO* L 306 du 23 novembre 2011, p. 25 ; article 2 *bis* règlement (CE) n° 1467/97 du conseil du 7 juillet 1997 tel que modifié par le Règlement (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *JO* L 306 du 23 novembre 2011, p. 33 ; article 15 Règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro, *JO* L 140 du 27 mai 2013, p. 11 *;* article 3, § 9, Règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, *JO* L 140, 27 mai 2013, p. 1.

capacité d'ajustement de l'Union ou encore sur les procédures de paiement, de suspension et de résiliation poursuivies dans le cadre de la FRR[46]. Le dialogue doit, toutefois, être conduit sur la base du tableau pour la reprise et la résilience, dont les indicateurs n'englobent pas les questions d'État de droit. Une différence notable, et bienvenue, par rapport au dialogue économique a néanmoins été introduite. Le règlement établissant la FRR prévoit que « la Commission tient compte de tout élément découlant des avis exprimés dans le cadre du dialogue sur la reprise et la résilience, y compris des résolutions du Parlement européen »[47].

Cette association marginale du Parlement européen s'explique par le fait qu'initialement, le Semestre a été conçu comme un simple cadre de coordination et de surveillance de politiques nationales. Non seulement il n'était pas censé être juridiquement contraignant mais en outre, il nécessite pour produire des effets des procédures décisionnelles nationales où peut s'exercer un contrôle démocratique et de responsabilité politique[48]. À l'encontre de cette logique, le Parlement européen a critiqué, dès l'origine, son manque d'implication sur la base des principes de légitimité et de transparence démocratiques qui exigent, selon lui, « l'obligation du Conseil, de la Commission et de l'Eurogroupe de rendre compte auprès du Parlement européen à toutes les étapes du processus du Semestre européen »[49]. La nécessité de répondre à ces critiques est, aujourd'hui, pressante dès lors que la FRR a été ancrée dans le Semestre européen. En effet, à partir du moment où les États ont dû se conformer aux recommandations spécifiques qui leur ont été adressées dans le cadre du Semestre européen pour bénéficier du financement de la FRR, ce dernier est devenu *de facto* contraignant. Sa nature en a également été modifiée : il ne s'agit plus uniquement de coordonner et de surveiller des politiques nationales mais également d'opérer une allocation des fonds européens[50].

Il en découle que le Parlement européen n'exerce une influence sur la conduite du Semestre européen que par un échange de vues, dont la plupart du temps les organes en charge de la conduite de la gouvernance économique n'ont pas l'obligation de tenir compte, lorsque certains actes sont posés. Cette situation crée un décalage entre les responsabilités acquises, à travers le Semestre européen, par certaines institutions européennes dans le domaine de politiques liées à l'État de droit et le contrôle politique et démocratique qui peut être exercé sur ces responsabilités[51].

---

46 Considérant n° 61 et article 26, § 1er, a) à g), Règlement (UE) 2021/241, *op. cit.*

47 *Ibid.*, article 26, § 3.

48 B. Crum, « How to provide political guidance to the Recovery and Resilience Facility ? », *PE 651.371*, octobre 2020, p. 13

49 J. Schuster, « Rapport sur les politiques économiques de la zone euro pour 2020 », *2020/2078(INI)*, 16 octobre 2020, point K.

50 B. Crum, *op. cit.*, p. 14.

51 L. Fromont, *La gouvernance économique européenne. Les conséquences constitutionnelles d'une décennie de crises*, *op. cit.*, p. 654.

CONCLUSIONS

La protection de l'État de droit avec un séquençage clair entre des faits donnant lieu à une procédure prévue par les traités et qui aboutit à une sanction effective ne correspond pas vraiment à la réalité européenne. Le blocage de l'article 7 TUE et l'application partielle des décisions de la CJUE en sont des illustrations emblématiques. Le respect de l'État de droit est, aujourd'hui, plus une question d'indicateurs, rassemblés en tableaux de bord et mis en œuvre à travers de mécanismes de coordination. La réponse européenne à la crise de l'État de droit apparaît comme un ensemble de normes et des mécanismes de mise en œuvre bricolés et de natures différentes qui s'emboîtent plus ou moins bien comme des blocs de Lego. Ces « bricolages normatifs » s'inscrivent dans une logique techno-managériale où le droit et les faits ne sont pas distingués mais s'enchevêtrent continuellement au point qu'il est pratiquement impossible de vouloir les distinguer. En d'autres termes, et pour revenir au thème général de ce numéro spécial, le droit est dans les faits (et vice-versa) et cette distinction n'offre en réalité aucune valeur ajoutée.

Cependant, cette technicité emporte des conséquences importantes, en termes démocratiques et constitutionnels. D'une part, elle accorde aux institutions européennes exerçant des fonctions exécutives une influence sur des politiques qui relèvent de la compétence des États membres, sans pour autant que ces institutions soient soumises à un contrôle adéquat du Parlement européen. D'autre part, le recours au Semestre européen bénéficie essentiellement aux dimensions de l'État de droit qui favorisent le climat d'investissement dans les États membres. C'est la raison pour laquelle les questions liées à la justice et à la lutte contre la fraude et la corruption occupent une place prépondérante. Les autres dimensions de l'État de droit en revanche – celles qui n'ont pas d'incidence directe sur la croissance et la compétitivité (comme le droit des LGBTQIA+) – continuent à être principalement appréhendés par les outils politiques et juridictionnels, dont l'inefficacité est pourtant décriée. La question n'est alors pas seulement de savoir si le Semestre européen sauvera l'État de droit, mais aussi quel État de droit.

VARIA

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[1]. 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 »[2].

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 »[3], 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[4], 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 précompréhensions ?
- Comment livre-t-elle la part propre du droit dans sa manière de se réapproprier – ou non – les antécédents ?

---

1 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>.

2 Présentation du séminaire par le Professeur Frédéric Rouvière, 1er §.

3 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.

4 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 [5]. 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.

---

5 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[6] 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.

6 A 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'expliciter 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 demeurait 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 »?[7] 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[8]. La jeune recherche est également concernée. Le travail doctoral permet cet examen en profondeur des objets que requiert la démanche 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[9].

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

---

[7] 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>.

[8] 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.

[9] 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 LexSociété*, 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[10] et un autre plus récent sur le métier de juriste[11].

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[12]. Mais cela n'interdit pas de reconnaître, quitte à s'en

[10] M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

[11] X. Lagarde, *Le métier de juriste – Une introduction générale au droit*, IRJS, 2020.

[12] 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[13]. 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 3e 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 »[14]. 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 »[15]. Pour approcher la notion, l'auteur procède par étapes, évoquant successivement, sa simplicité appa-

13 M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorczyk, préc., voir les explications proposées en Introduction, p. 2.

14 X. Lagarde, préc.

15 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 »[16]. 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 »[17]. 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

16 X. Lagarde, préc., p. 70.
17 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 réapproprier 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[18], 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

[18] 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[19] 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[20] sur les fondements *a priori* du droit civil et de Jean-Louis Gardies[21] 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 faisions 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[22]. 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 dérogatoires), 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

---

19 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.

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

21 J.-L. Gardies, *Essai sur les fondements* a priori *de la rationalité morale et juridique*, LGDJ, 1972.

22 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 présupposé, 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 *même*s que les contraintes en droit de tradition orale. Les contraintes d'un droit étatique ne sont pas les *même*s 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[23]

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., THIBAULT 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, 8e 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.

[23] Indication de quelques monographies susceptibles d'être mobilisées au titre de la démarche antécédente.

COMPRENDRE LA CROYANCE DANS UN DROIT OBLIGATOIRE

Olivier THOLOZAN
MCF HDR AMU, Laboratoire de théorie du droit

Résumé : H. L. A. Hart a soutenu que n'importe qui pouvait comprendre le point de vue de ceux qui se sentent liés par les règles juridiques. Il suffit qu'il puisse se mettre à leur place. M. Weber a estimé que comprendre les relations sociales revenait à les interpréter jusqu'à les revivre par empathie. Cette communication propose de suivre cette piste afin de comprendre le système juridique

Mots-clés : Comprendre – croire – rationalité – sentiment – empathie – obligatoriété juridique

Abstract*: H. L. A. Hart argued anyone can understand the viewpoint of those feel bound by legal rules. He just must be able to put himself in their place. M. Weber argued understanding social relations is interpreting them up to relive them empathically. This paper would follow this way to propose an understanding legal system.*

Keywords*: Understanding – believing – rationality – feeling – empathy – bounding law*

« Une hypothèse… est tout ce qui est proposé à notre croyance…
(L'hypothèse) vivante est celle qui se pose comme une véritable possibilité
devant l'entendement auquel elle est soumise »
W. James, *La volonté de croire*

1

Dans sa *Postface*, H. L. A. Hart précise les notions de point de vue interne et externe sur une règle de droit. Selon lui, la perspective interne du participant à un système se manifeste par son acceptation du droit « comme lui fournissant des modèles pour sa conduite et des normes d'évaluation ». De plus accepter la règle juridique implique nécessairement « la conviction qu'il y a des raisons morales pour se conformer aux exigences du droit et une justification morale de l'usage de la contrainte ». L'« observateur externe » n'adopte à l'égard de la règle à laquelle d'autres obéissent qu'une « posture descriptive ». Il n'a pas à « partager ou approuver le point de vue interne ». Hart donne une explication cursive de ce que signifie ici « faire œuvre descriptive ». Il s'agit de « comprendre » le point de vue de celui qui accepte de se soumettre à la règle. Cette compréhension implique d'être capable de se mettre soi-même « à la place » du participant au système juridique. Pourtant le philosophe du droit anglais n'explique pas comment on peut se projeter à la place de quelqu'un sans « accepter ni partager ou approuver » son point de vue. En quoi consistent exactement les opérations intellectuelles permettant d'adopter une perspective « descriptive et moralement neutre »[1] ?

F. Ost et M. Van de Kerchove ne résolvent pas cette difficulté en proposant ce qu'ils appellent le « point de vue externe modéré » ou « point de vue de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes »[2]. Ils se bornent à enrichir la notion de « discours scientifique » du tenant d'un point de vue externe. En effet ce dernier ne se limitera plus à la seule « neutralité axiologique ». Il faut qu'il manifeste la « volonté d'expliquer l'objet à l'aide d'une théorie qui le réfère à un ordre de phénomènes plus englobant ». Mais ce dépassement d'une « simple description » ou « explication tautologique »[3] n'indique pas quelle est la démarche intellectuelle qui permet d'expliquer comment comprendre une croyance dans le caractère obligatoire d'une règle de droit.

---

1 H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, p. 260.

2 F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, p. 73.

3 *Ibid.*, p. 75-76.

Une réponse plus satisfaisante à la question peut être trouvée dans la sociologie de Max Weber. Pour celui-ci, l'analyse sociologique scientifique consiste à « comprendre par interprétation… l'activité sociale »[4]. Le sociologue allemand va alors caractériser « l'évidence propre à la compréhension ». Celle-ci découle soit de la rationalité d'« une activité en finalité… en ce qui concerne la compréhension des moyens employés ». Mais elle peut aussi reposer sur « le caractère de ce que l'on peut revivre par empathie, c'est-à-dire de nature émotionnelle ou esthético- réceptive ». L' « évidence par empathie » perçue par un observateur à partir de l'activité de l'autre concerne ce qui peut être « revécu pleinement dans les relations affectives vécues » de ce dernier.

Weber souligne la difficulté de comprendre « les fins ultimes » et « valeurs » d'autrui lorsqu'on a du « mal à les rendre compréhensibles par reviviscence, grâce à l'imagination empathique ». Et face à l' « interprétation intellectuellement défaillante » de l'observateur, il devra tout de même « les accepter tout simplement comme des données » dont la compréhension sera différée[5]. Weber insiste sur l'importance de « comprendre significativement par empathie ». Cette aptitude rend « plus capable de revivre avec une évidence émotionnelle les affects actuels… ainsi que les réactions irrationnelles (du point de vue de l'activité rationnelle en finalité) qui en découlent ». L'observateur peut ainsi « peser intellectuellement leur influence sur la tendance et les moyens de l'activité, même si par leur intensité ils dépassent nos propres possibilités »[6].

La lecture de Weber conduit à remettre en cause l'idée que décrire une relation sociale consisterait même en partie à adopter la neutralité axiologique. D'une part, en observant cette relation tout un chacun peut moralement l'accepter ou la rejeter. En tant qu'être humain, il ne peut jamais y être totalement insensible. D'autre part même si l'observateur rejette les croyances des autres, il est obligé de les tolérer pour comprendre pourquoi l'autre les accepte, les admet. C'est ensuite en changeant de statut pour devenir moraliste qu'il pourra manifester définitivement son adhésion ou sa répulsion pour les décisions d'autrui. Tel l'acteur de théâtre, l'observateur, lui, a le devoir d'être tolérant sinon il ne comprend rien. Comprendre consiste à interpréter la croyance de l'autre en identifiant les raisons, les arguments qui le conduisent à faire certains choix. L'accès à la connaissance de la réalité n'est pas transparent mais implique un choix de valeur, la tolérance au réel[7] : elle est le noyau dur idéologique minimum (au sens non péjoratif) de la science.

---

4 M. Weber, *Economie et Société/1 Les catégories de la Sociologie*, Plon/Pocket, 1995, p. 28.

5 *Ibid.,* p. 29-30.

6 *Ibid.*, p. 31.

7 Sur la cruauté du Réel lire : C. Rosset, *Le principe de cruauté*, Les Éditons de Minuit, 1988.

2

L'analyse de Weber nous permet de mieux justifier un point de vue externe modéré sur la règle de droit. L'observateur extérieur à un système juridique peut rendre compte de la croyance dans le caractère obligatoire du droit de ses destinataires sans adopter une neutralité axiologique absolue, totalement insensible au ressenti des autres. En effet, cet observateur va comprendre cette croyance en partie par l'empathie à l'égard de ceux qui admettent leur soumission au système juridique. Constatant la soumission des nationaux à leur ordre juridique, un observateur étranger au pays aura une totale compréhension de leur attitude en se souvenant qu'il adoptera le même comportement dès qu'il aura regagné sa patrie. Cette attitude n'a rien d'irrationnel car la connaissance du droit, en tant qu'elle est un savoir sur l'action, n'exclut pas la compréhension de croyances tant assises sur la raison que sur des affects. Elle implique de se mettre à la place d'autrui et de se demander quelles raisons peuvent lui servir à justifier sa croyance dans l'obligatoriété des règles juridiques.

C'est la logique argumentative qui permet le mieux de rendre compte du phénomène des croyances juridiques dont le ressort essentiel reste la capacité à emporter l'adhésion. Dans le domaine de la décision juridique, qu'elle soit législative, réglementaire, judiciaire ou coutumière, la logique argumentative joue un rôle déterminant dans le processus délibératif aboutissant au choix final d'une solution. D'un point de vue externe modéré sur la règle de droit, cette forme de rationalité argumentative trouve tout particulièrement à s'exprimer dans le cas d'application de la loi étrangère par le juge du for en matière de droit international privé. On se servira de l'exemple français.

En 1956, dans *Aspects philosophiques du droit international privé*, H. Battifol estimait que dans le monde de l'Après-Guerre, l'« articulation mutuelle » des systèmes juridiques devait s'appuyer sur une « coopération » fondée sur une « adaptation » réciproque impliquant que « chaque système explore le système voisin »[8]. Il considérait ainsi que le nationalisme absolu des systèmes de conflit de lois devait disparaitre en droit international privé et l'ensemble de son ouvrage tendait à le montrer. Battifol illustrait cette tendance en évoquant la question de la nature de la loi étrangère appliquée par le juge du for. Selon lui, on ne pouvait nier tout caractère juridique à cette source du droit. Il s'agissait d'une « question de point de vue… et plus précisément de relativité ». La loi étrangère est un « fait » pour le juge du for. En revanche, elle est du « droit » pour le juge de l'État qui l'a édictée. Toutefois aucun de ces juges ne doutait qu'il s'agissait de droit sur le territoire de l'État l'ayant adopté. La loi étrangère ne relevait donc du fait qu'au regard de l'ordre juridique du juge du for. Pour autant ce dernier ne pouvait faire

8 H. Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, reprinted éd. 1956, p. 37.

abstraction d'une « réalité » : l'application d'un « ordre juridique étranger » sur le territoire du juge du for[9].

On soulignera d'emblée à quel point serait déconcertant un procès au cours duquel le juge du for appliquerait une loi étrangère en tant que fait. Sans nier le caractère obligatoire de la loi étrangère, le juge du for adopterait un point de vue purement externe sur cette même source du droit l'assimilant à n'importe quel autre fait. La solution ne paraîtrait pas très cohérente, sauf à distinguer fait naturel et normatif, ce que Battifol ne fait pas. De plus, un tel procès aboutirait à une solution où le fait est omniprésent et le droit quasi absent. En faisant sienne une telle hypothèse, Battifol écarte la distinction élémentaire dans le raisonnement judiciaire entre droit et fait, alors que classiquement l'office du juge consiste à tirer les conséquences juridiques du fait au regard du droit. Enfin si la loi étrangère est considérée par un juge comme du fait, le juge peut à ce titre librement l'apprécier. Pourtant apprécier les faits consiste à déterminer s'ils existent et à en tirer les conséquences juridiques au regard des dispositions du droit. Or ce n'est pas ce que fait le juge du for en estimant que la loi étrangère n'est qu'un simple fait. Il revient à un raisonnement purement causal ou mécanique visant à impliquer un fait à partir d'un autre. Peut-on se servir d'une loi conçue comme un fait pour tirer des conséquences juridiques de nature « purement factuelles (*sic*) » ? La suggestion paraît absurde car alors à quoi bon continuer à distinguer droit et fait. La notion même de droit perd sa raison d'être.

La question de la nature de la loi étrangère appliquée par le juge du for révèle toute son acuité lorsqu'on envisage le contrôle de cette source du droit par la Cour de cassation française. Depuis sa création sous la Révolution, le recours en cassation avait été conçu pour permettre l'annulation des jugements contraires à la loi ou violant les formes procédurales ; le juge de cassation ne peut donc évaluer les faits en jugeant au fond[10]. Officiellement le juge contrôle la qualification juridique des faits. En réalité qualifier un fait consiste à décider s'il entre dans l'une des catégories de la loi et donc à apprécier s'il lui est « ajusté ». L'évaluation de cet ajustement est le produit d'une interprétation au cours de laquelle s'exerce un large pouvoir judiciaire. Pourtant l'idéologie officielle du système judiciaire français maintient la fiction d'un juge de cassation incompétent en matière d'appréciation des faits. Aussi si on admet que la loi étrangère appliquée par le juge du for relève du fait, on doit *ipso facto* en déduire que la Cour de cassation ne saurait en contrôler l'application.

La Cour de cassation française a pourtant admis en 1993 cette conséquence sans en retenir la cause. Elle a statué en la matière dans une affaire où l'application de la règle de conflit de loi *locus regit actum* conduisait le juge du fond français à appliquer la loi belge. Il s'ensuivait que la donation manuelle d'une dette souscrite

---

9 *Ibid.*, p. 119-120-121.

10 J-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987, p. 56-57.

à Bruges était annulée. Au regard du droit belge, elle portait en effet sur un meuble incorporel dont la cession impliquait l'exigence de l'acte notarié, formalité qui n'avait pas été exécutée. Saisis, les juges de cassation français en ont profité pour statuer sur la nature de la loi étrangère appliquée par le juge du for. Ils ont affirmé que « la loi étrangère… malgré l'absence de contrôle par la Cour de cassation est une règle de droit ne relev(ant) pas des prescriptions de l'article 7 du Nouveau Code de procédure civile » relatif aux faits dans le débat du procès[11]. La solution adoptée peut apparaître *prima facie* contradictoire. Si la loi étrangère n'est pas du fait mais du droit, on ne comprend pas pourquoi son application serait insusceptible d'un contrôle de cassation.

Mais force est de reconnaître que la haute juridiction ne pourrait logiquement imposer au juge du fond une interprétation de la loi étrangère qui pourrait être démentie par les juges de l'État l'ayant adoptée. Est-ce à dire que les juges du fond français disposeraient d'un pouvoir d'application et d'interprétation inconditionné en la matière ? Si cela était, la Cour de cassation ne remplirait plus sa mission d'unification de la jurisprudence française. Aussi la Cour de cassation exerce son pouvoir de contrôle des visas et motifs en censurant des décisions de fond n'ayant pas indiqué la disposition législative étrangère sur laquelle elles se fondent. De même, elle casserait la décision de fond qui ne justifierait pas suffisamment le sens attribué à la loi étrangère. Depuis sa décision classique *Montefiore* de 1961, la Cour de cassation estime pouvoir censurer le juge du fond qui méconnaît le sens « clair et précis » d'un texte juridique étranger. Enfin la Cour de cassation se fonde sur la notion d'ordre public international pour évincer l'application d'une loi étrangère qui lui serait contraire[12]. Cela concerne le cas des systèmes juridiques dont les croyances qui les fondent seraient trop éloignées d'une conception juridique occidentale.

Largement fondé sur le sens commun, ce contrôle demeure restreint. Mais il n'empêche pas la Cour de cassation d'imposer aux juges du fond la nature juridique de la loi étrangère qu'ils seraient appelés à appliquer. Cette loi doit être considérée comme du droit. Elle n'est donc pas du fait sur lequel les juges adopteraient un point de vue externe radical. Au contraire la nature juridique de la loi étrangère conduit les juges français à adopter à son égard un point de vue externe modéré. Certes l'ordre juridique interne du juge du for et celui de la loi étrangère sont clairement distincts. L'ordre juridique interne confère au juge du for la compétence de déterminer une règle de conflit de loi permettant d'appliquer du droit étranger. Le magistrat pourrait se borner à analyser ce dernier comme un pur

---

11 1re Ch. civ. 13/01/1993, 91-14-415, *Bull.* 1993, I, n° 14, p. 10 : Cass. civ. 1re, 13 janvier 1993, *Coucke*, *Revue critique de droit international privé,* 1994, p. 78, note B. Ancel.

12 Sur la décision de 1993 et les limites de l'appréciation de la loi étrangère par les juges du fond ainsi que le débat doctrinal suscité par cette nature juridique reconnue à la loi étrangère voir, parmi une bibliographie abondante répertoriée dans les réf. données ici : B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ/Lextenso, 2022, p. 327-331 et p. 347 et s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF/Thémis, 2021, 5e éd., T. 1 Partie générale, p. 556-566 et 570 et s.

fait que son ordre juridique lui permet d'utiliser pour juger. Il adopterait alors un point de vue purement externe sur la loi étrangère.

Pourtant, il considère qu'il s'agit de règles juridiques. La loi étrangère peut obliger à ce titre. Le juge du for reconnaît donc qu'il faut accepter le caractère obligatoire du droit étranger. Il s'agit d'une croyance issue d'un point de vue interne du juge. Et c'est cette croyance dans l'obligatoriété de la loi étrangère qui conduit le même juge du for à estimer que le contenu de la règle de conflit de loi doit consister en l'application de la loi étrangère au litige. Il n'hésitera d'ailleurs pas à invoquer sa croyance dans le caractère obligatoire de l'ordre public international pour opérer l'éviction d'une loi étrangère qui y contreviendrait. Le point de vue du juge du for sur la loi étrangère est donc externe puisqu'il ne nie pas le caractère distinct de son ordre juridique et de l'ordre juridique étranger. Mais il s'agit aussi d'un point de vue interne qui permet au juge d'utiliser sa compétence en droit international privé pour appliquer une loi étrangère dont il croit qu'elle peut être acceptée comme obligatoire dans le litige sur lequel il statue. Abandonnant les enseignements du droit international privé, il faut revenir à un point de vue plus général pour identifier plus précisément la consistance d'une telle croyance dans le caractère obligatoire d'une règle de droit.

3

Dans son essai de *Théorie générale du droit*, E. Millard propose une typologie réaliste des sources juridiques. Il expose un ensemble de raisons justifiant de croire que le droit est obligatoire[13]. Il évoque d'abord celles qui ont la plus grande force de conviction. Il s'agit des raisons fondées sur la procédure d'énonciation des actes juridiques acceptée comme obligatoire. Elles fondent les Constitutions, Traités, Décrets, Contrats etc. … . Ces raisons peuvent servir à justifier la théorie du précédent dans les pays de *Common Law* où la justice forme un véritable pouvoir[14]. Mais une telle source est loin d'être suffisante. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca montrent que la force du précédent peut tout autant être justifiée par l' « inertie » jouant en faveur « de l'état de chose existante », celui-ci ne pouvant être modifié que « s'il y a des raisons en faveur de la réforme ». Ainsi grâce à l'« inertie, « la technique de la chose jugée se prolonge ». Pour changer la solution juridique traditionnelle, « il faut faire la preuve de l'utilité de changer un état de chose… ou de l'opportunité de changer de conduite devant une situation qui se répète »[15].

---

[13] E. Millard souligne la « pseudo rationalisation par des individus… de ces normes (juridiques) sous la forme de la validité : ces normes sont considérées comme obligatoires » (E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 107).

[14] *Ibid.*, p. 112.

[15] Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 143-144, parag. 27.

L'inertie est une raison qui permet déjà de mieux comprendre la force juridique générale de la jurisprudence en France alors qu'on ne saurait officiellement invoquer des raisons fondées sur la procédure d'énonciation judiciaire. En effet, la décision de justice est censée n'avoir que l'autorité relative à la chose jugée ; elle ne saurait constituer le fondement d'une jurisprudence constante[16]. Pourtant *de facto* les juges français ont recours à la jurisprudence pour statuer. D'autant que l'article 4 du Code civil français empêche le juge de prétexter le « silence », « l'obscurité ou l'insuffisance de la loi » pour ne pas se prononcer dans le procès pendant sous peine de « déni de justice ». Ce texte a été interprété de trois façons. On a pu estimer qu'il défendait au juge d'accueillir une demande non fondée sur un texte précis de la loi. On a aussi soutenu que l'article 4 visait à sanctionner un juge de mauvaise foi car il est toujours possible de recourir à une interprétation extensive de la loi ou à des analogies pour trancher un procès. Enfin certains ont pris au sérieux la question des lacunes de la loi. Ils ont alors considéré qu'un juge qui statuerait dans une telle hypothèse n'usurperait pas le rôle du législateur puisque sa décision n'a que l'autorité de la chose jugée.

Pourtant ces différentes interprétations de l'article 4 du Code civil n'arrivaient pas à expliquer la réalité de l'activité jurisprudentielle des tribunaux français. C'est certainement Carré de Malberg qui a proposé l'explication la plus convaincante du fonctionnement réel de la fonction de juger en France. Selon lui, en cas de lacune législative, « le juge crée du droit » et la solution juridictionnelle est « l'équivalent d'une loi »[17]. Lorsque le juge se borne à appliquer la loi, sa fonction est « de nature exécutive ». Le Magistrat se distingue toutefois « des agents d'exécution proprement dit ». En effet, il ne peut lui-même faire exécuter ses propres jugements. Il n'exerce donc pas une « fonction agissante ». Son office reste dans les limites d'une « opération intellectuelle ». La décision judiciaire concourt à l'exécution législative en indiquant « si et de quelle manière la loi est applicable »[18].

Le statut ambigu de la jurisprudence française incite à justifier la croyance dans son caractère obligatoire en puisant à une seconde catégorie de raison invoquée par E. Millard dans sa typologie qui prolonge l'idée d'inertie de Perelman et d'Olbrechts-Tyteca. La jurisprudence peut trouver le fondement de son obligatoriété dans les idées « de conformisme » et d'« efficacité ». Ces raisons justifient également l'autorité de la « doctrine administrative » ou celle des décisions d'un organe statuant sur la « déontologie professionnelle ». Elles sous-tendent enfin la justification des « coutumes »[19].

---

16 Article 5 du Code civil français : Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

17 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, CNRS, 1962, Reproduction photomécanique de l'édition Sirey 1920, p. 750, n° 250.

18 *Ibid.*, p. 752, n° 251.

19 E. Millard, *op. cit.*, p. 112.

Suivant encore E. Millard, on peut évoquer une dernière catégorie de raison de croire que le droit est obligatoire. Il s'agit des « idéologies politiques ou sociales » ou des « représentations professionnelles » des juristes. Parmi ces dernières on citera l'idée de « sécurité juridique », de « non contradiction » ou de « cohérence » des règles de droit ». On peut y ajouter la « vision de la justice » de chaque profession juridique ou la conception de l'« intérêt général » et du « service public » des fonctionnaires ou de la juridiction administrative[20] ainsi que des associations d'administrés.

L'ensemble de ces raisons relatives à l'obligatoriété du droit sont nécessaires à sa justification car la modalité fondamentale d'expression juridique est la décision. Max Weber relevait que le mode de pensée apparemment le plus élémentaire de la « généralisation » juridique consistait en la « réduction des motifs déterminant la décision dans un cas particulier à des « principes » ou « prescriptions juridiques » (RECHTSÄTZE ou propositions grammaticalement correctes de droit) »[21]. Sur le plan intellectuel, le propre de la décision est d'être une délibération en vue d'un choix. Le moment important de la délibération est celui de l'exposé d'arguments ou raisons visant à justifier le choix de la solution, que celui-ci l'ait succédé ou précédé. Ce caractère décisoire de l'expression du droit justifie de recourir à la logique argumentative présidant ainsi au raisonnement juridique[22]. Il ne s'agit pas comme pour une « démonstration » de « déduire les conséquences de certaines prémisses » ou de « prouver la vérité de la conclusion à partir de celle des prémisses ». Dans l'« argumentation », il s'agit de « provoquer et d'accroître l'adhésion d'un auditoire aux thèses qu'on présente à son assentiment ». Il faut alors « transférer sur les conclusions l'adhésion accordée aux prémisses »[23].

Comme le souligne Perelman et Olbrechts-Tyteca, la rationalité d'une argumentation dépend de « l'idée que l'orateur se fait de l'incarnation de la raison ». Tout un chacun « croit en un ensemble de faits, de vérités » admis comme « valables » par tout « homme normal ». Perelman et Olbrechts-Tyteca remettent donc en cause la distinction philosophique classique entre la persuasion ne s'adressant qu'aux sentiments et l'art de convaincre visant la raison. Aux yeux de ces philosophes, est « persuasive une argumentation qui ne prétend valoir que pour un auditoire particulier » et peut être qualifiée de « convaincante celle qui est censée obtenir l'adhésion de toute être de raison ». Donc convaincre concerne l'orateur qui croit « valablement s'adresser à pareil auditoire »[24]. Persuader ou convaincre dépend du souhait d'un orateur de viser un auditoire où les conflits de rationalité seront les moins nombreux ; ce qui pose la question de ses conditions

---

20 *Ibid.*, p. 113.

21 M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF/Quadrige, 2013, p. 47.

22 F. Rouvière, *Argumentation juridique*, PUF/Humensis, Thémis Droit, 2023.

23 Ch. Perelman, *L'empire rhétorique Rhétorique et Argumentation*, Vrin, 2002, p. 27, parag. 23 et 41, parag. 35.

24 Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 36-37, parag. 6.

de possibilité. D'autant que comme le fait remarquer M. Meyer « la rhétorique n'est… pas simplement du raisonnement. Elle est aussi discours animé et ému »[25]. Elle ne peut « faire fi de l'émotionnel ». La rhétorique doit donc aussi se plier à « la « logique » des passions qui est métaphorique, métonymique, ironique… »[26].

Surtout l'auditoire apparaît comme une construction de l'argumentation fondée sur une « interaction » visant à l'instauration d'un « échange langagier » permettant de « s'accorder sur une image du monde ». La « finalité transactionnelle » réside dans des « relations que tissent les sujets » et dans « leurs interventions conjointes sur un monde qu'ils contribuent à construire »[27]. L'argumentation s'inscrit dans une logique du dialogue ou dialogique. Elle repose sur un « processus coopératif d'action conjointe » valant aussi bien « positivement » que « négativement ». En effet, la coopération peut tant être une « collaboration » qu'une « compétition » ou « confrontation »[28]. Dès lors, il apparaît nécessaire pour permettre à un processus d'interaction langagière dialogique d'aboutir « à la construction d'accords », d'établir les règles d'une « saine dispute »[29], au sens de la *disputatio* médiévale.

4

De telles exigences argumentatives ont d'autant plus d'importance dans l'établissement de la croyance en l'obligatoriété juridique qu'elle est normative. Elle est plus difficile à justifier qu'une croyance positive qu'un simple fait suffit à valider ou invalider[30]. De façon générale, la fragilité des croyances procède du fait qu'elles sont des attitudes psychologiques « d'adhésion à une proposition » dont la vérité ne peut être toujours démontrée. Croire découle soit de la « connaissance », soit du « sentiment »[31]. Connaître et ressentir se conjuguent même ici pour susciter la « confiance »[32] dont la compréhension par empathie (au sens wébérien du terme) se renforce par des justifications argumentatives. Le processus argumentatif vise à accréditer la croyance en un droit obligatoire. La question du fondement juridique de la compétence de la juridiction administrative française illustre de façon significative cette coopération des facultés psychiques.

---

25 M. Meyer, « Raison et passion en argumentation », B. Frydman et M. Meyer (dir.), *Chaïm Perelman (1912-2012) De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, PUF, 2012, p. 134.

26 *Ibid.*, p. 159.

27 D. Vernant, *Introduction à la Philosophie contemporaine du langage Du langage à l'Action*, Armand Colin, 2010, p. 168.

28 *Ibid.*, p. 175.

29 Pour une tentative dans ce sens voir : L. Bouquiaux, B. Leclercq, *Logique formelle et Argumentation*, De Boeck Supérieur, 2015, p. 157-159.

30 Sur la distinction croyance normative/positive voir : V° *Croyance*, R. Boudon et F. Bourricaud, *Dictionnaire critique de la Sociologie*, PUF/Quadrige, 2000, p. 133.

31 V° *Croyance*, R. Doron et F. Parot (dir.), *Dictionnaire de Psychologie*, PUF/Quadrige, 2003, p. 174.

32 F. Mariani-Zini, « Crédibilité, croyance, confiance. Le legs de la tradition romaine », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 2010/2, n° 66, p. 179-194.

Le Conseil d'État et les Conseils de préfecture, ancêtres des Tribunaux administratifs, existent depuis l'an VIII. Le Conseil d'État s'est référé à un fondement législatif explicite pour asseoir la compétence contentieuse du juge administratif en 1861 dans sa décision *Dekeister*. Il a invoqué la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III[33]. Or l'invocation de ces textes paraît manifestement illogique. En effet, ils ne font que poser le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. En vertu de ce dernier, les juges judiciaires ne sauraient connaître du contentieux administratif. Mais il s'agit de textes qui ne sont pas attributifs de compétence. Ce sont d'autres textes révolutionnaires qui attribueront jusqu'en l'an VIII son contentieux à l'Administration elle-même[34]. Durant la majeure partie de la Révolution, c'est un Administrateur juge qui est compétent en la matière. Il n'existe pas avant l'an VIII de Juge administratif ; le droit administratif précède donc son juge *stricto sensu*. Pourtant, en 1873, le Tribunal des conflits récemment institué, reprend la solution du Conseil d'État de 1861 et fonde la compétence de la juridiction administrative sur une véritable mythologie[35] dotée d'une force émotionnelle, politique[36]. Ce mythe s'appuie sur un transfert imaginaire de compétence entre l'Administration révolutionnaire statuant au contentieux et le Juge administratif créé seulement en l'an VIII[37].

La fragilité de ce raisonnement a vraisemblablement incité les juges constitutionnels à adopter une autre solution. Dans sa décision de 1980 *Validation d'actes administratifs*, le Conseil Constitutionnel a reconnu le principe d'indépendance de la juridiction administrative en dégageant de la loi du 24 mai 1872 sur la justice déléguée du Conseil d'État un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Dans sa décision de 1987 *Conseil de la concurrence*, le juge constitutionnel a approfondi sa jurisprudence. Il estime que la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III n'ont pas en eux-mêmes valeur constitutionnelle et ne peuvent justifier la dualité de juridiction à un tel niveau de hiérarchie normative. Mais la solution proposée par le Conseil constitutionnel n'est guère

---

33 G. Bigot, *Introduction historique au Droit administratif depuis 1789*, PUF/Droit fondamental, 2002, p. 148, n° 103 : K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif du XV^e^ s. à nos jours*, Economica, 2010, p. 141.

34 Sur la signification des textes révolutionnaires : J-L. Mestre, « Administration, Justice et Droit administratif », *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, n° 2, p. 61-75 ; G. Bigot, *op. cit.,* p. 29 n° 16 et s.

35 G. Bigot, *op. cit*, p. 195 et s.

36 Ch. Bosvieux-Onyekewelu, « Revenir sur une légende en sociologie : l'arrêt *Blanco* et le mythe de la naissance du droit administratif », *Droit et Société*, 2019, n° 101, p. 159-178.

37 Le Commissaire du gouvernement David invoque l'argument dans ses conclusions relatives au célèbre arrêt *Blanco*. Il cite en en déformant le sens la loi du 28 pluviôse an VIII et l'arrêté du 5 nivôse an VIII pour justifier ce transfert de compétence (H. de Gaudemar, D. Mongoin, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative Vol. 1 1831-1940*, LGDJ/Lextenso, 2015, p. 103. Le texte signale à tort novembre à la place de nivôse). Sur le réel contenu de ces textes voir B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative au XIX^e^ s.*, PUF/Léviathan, 2003, p. 22 et s.

plus satisfaisante pour l'intellect que celle du Tribunal des conflits[38]. L'analyse de la délibération du 22 janvier 1987 du Conseil précédant la décision *Conseil de la concurrence* est ici éclairante. Elle montre le rôle déterminant du Doyen Vedel dans l'élaboration du raisonnement du Conseil constitutionnel. Vedel estime que le législateur n'a jamais admis qu'un principe constitutionnel de séparation des autorités administratives et judicaires s'imposait à lui. Ce principe est, à son sens, le produit du « Droit administratif » qui « à l'instar de la Common law britannique est fait de principes généraux élaborés par le juge »[39]. D'un point de vue purement historico-normativiste, l'argument est contestable puisque c'est le législateur qui a donné, au cours du XIX[e] siècle au Conseil d'État la compétence de sa compétence[40] puis au Tribunal des conflits la fonction de trancher les conflits de compétence juridictionnelle[41]. Mais le but de Vedel était de trouver un fondement constitutionnel à l'indépendance de la juridiction administrative. Il rejette la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III car ils n'ont jamais figuré dans un texte constitutionnel. La séparation des autorités administratives et judiciaires ne saurait non plus trouver un fondement constitutionnel dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. En effet cette disposition « n'exclut pas qu'il y ait contrôle réciproque des pouvoirs »[42].

Bien en peine de trouver un texte de droit positif du passé pour établir son raisonnement, Vedel bascule dans l'imaginaire politique. Il évoque le « noyau dur » de la « conception française de la séparation des pouvoirs ». Selon lui, il résulte de celle-ci que « le Préfet ne commande pas au Président du Tribunal » et réciproquement. Il ajoute qu'il s'ensuit qu'il n'a jamais été donné « à la juridiction de l'ordre judiciaire le pouvoir d'annuler ou de réformer les décisions prises par l'autorité administrative dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique »[43]. L'existence même de l'exception d'illégalité devant les juridictions judiciaires relativise cet argument car si elle ne fait pas disparaître l'acte administratif illégal de l'ordonnancement juridique, elle permet au juge de ne pas l'appliquer dans l'affaire pendante. C'est pourtant au vu d'une logique argumentative aussi mal assurée que Vedel conclut à l'existence d'un principe fondamental de dualité juridictionnelle reconnu par les lois de la République largement mythologique[44]. D'ailleurs lors du bicentenaire de la

---

38 O. THOLOZAN, « Fonction de juger et séparation des autorités administratives et judiciaires dans la culture juridique française », U. N'GAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (dir.), *La répartition des compétences juridictionnelles*, Institut universitaire de Varenne/Colloques et essais, 2019, p. 119-121.

39 *www Conseilconstitutionnnel*, Délibération du 22 janvier 1987, p. 7 et 8.

40 Arrêté du 5 nivôse an VIII précisant l'article 52 de la Constitution de l'an VIII. Ce texte confère au Conseil d'État « les affaires contentieuses, dont la décision était précédemment remise aux Ministres » (G. BIGOT, *op. cit.*, p. 51, n° 34).

41 Loi du 4 février 1850 et loi du 24 mai 1872 (*ibid.* p. 118, n° 82 et s. et p. 178, n° 128).

42 Délibération du Conseil Constitutionnel du 22 janvier 1987 *précit.* p. 8.

43 *Ibid.*, p. 9.

44 *Ibid.*. Sur le caractère mythologique du principe : S. VELLEY, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *Revue de droit public et de la science politique en France et*

loi des 16-24 août 1790, Vedel est revenu sur sa notion de conception française de séparation des pouvoirs pour la rejeter sans vraiment s'expliquer[45].

L'insuffisance de ce fondement constitutionnel de la dualité de juridiction explique en partie que le Tribunal des conflits ne l'ait pas retenu en 2011[46] malgré son évocation par son rapporteur[47]. Le Tribunal a repris la justification traditionnelle invoquée pour répartir les compétences juridictionnelles de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III. Il pouvait ainsi pondérer le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires en tenant compte des exigences du droit européen, d'autant que ce principe n'a qu'une valeur législative[48].

Un Professeur britannique qui s'intéresserait à la question de la dualité juridictionnelle serait confronté à cette déficience logique du fondement du caractère obligatoire de ce principe. D'un point de vue externe, il constaterait que les destinataires de cette règle lui obéissent. Certes le dualisme juridictionnel trouve une justification dans la loi ou la Constitution conférant au Tribunal des conflits et au Conseil Constitutionnel compétence pour statuer en la matière. Mais le droit est destiné à être utilisé par des êtres humains intelligents et non des automates soumis à des autorités simplement compétentes. L'universitaire britannique devrait donc se demander pourquoi les destinataires de la règle de dualité de juridiction ne la change pas du fait de l'irrationalité logique manifeste de sa justification. Il devrait alors admettre que ceux-ci obéissent à la règle car ils y croient même si la logique formelle en souffre.

Par empathie, cet universitaire pourrait comprendre la croyance des autres. Il se souviendrait que comme sujet d'une monarchie, il admet que celle-ci est apte à incarner l'unité du Royaume-Uni. Il comparerait des croyances aussi paradoxales que celle en la capacité unificatrice d'un monarque de peuples aussi différents que ceux formant la population britannique et celle en l'équilibre harmonieux d'un système dualiste de justice dans une France post révolutionnaire de tradition centralisatrice et égalitariste. Ce détour anthropologique nourri d'observation participante révèlerait à cet universitaire d'Outre-Manche que l'obéissance à la

à l'étranger, 1989, T. 105, p. 767-783 et la réponse de G. Vedel, « La loi des 16-24 août 1790 : texte ? Prétexte ? Contexte ? », *Revue française de droit administratif*, 6 (5), septembre-octobre 1990, p. 678-711.

45 G. Vedel, « La loi des 16-24 août 1790… », *précit.*, p. 708.

46 TC, 17 octobre 2011, Préfet de la région de Bretagne, Préfet d'île et Vilaine, SCEA du Chéneaux c. Interprofession porcine, MC et autres c. Centre national interprofessionnel de l'économie laitière, n°3828 et 3829, *Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et du Tribunal des conflits*., p. 698 et s.

47 Conclusion Sarcelet sous TC, 17 octobre 2011 *précit*., *Revue française de droit administratif*, 2011, p. 1124.

48 TC 17 octobre 2011 *précit*. Sur la nature législative de ces textes voir la démonstration historique de : J-L Mestre, « À propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative », *Revue française de droit administratif*, mars-avril 2012, p. 339-341 ; du même auteur, « La nature législative du décret du 16 fructidor an III », *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 2012, p. 915-921.

règle découle de la confiance en des valeurs bien plus que d'un argumentaire fondé sur une logique formelle irréprochable.

***

En définitive comprendre la croyance en l'obligatoriété juridique consiste à l'interpréter, donner du sens aux raisons qui la justifient. Il faut alors mettre en œuvre des facultés de connaissance et être capable d'empathie pour ceux qui obéissent à la règle juridique afin d'imaginer leur sentiment. La compréhension de cette argumentation est d'autant plus déterminante qu'elle sous-tend une autre croyance relative à la finalité du droit : la croyance que ce dernier permet de contrôler les effets du temps. Au début du XX^e s., M. Hauriou notait fort justement que les règles juridiques ne représentent pas l'« action » mais la « continuité »[49]. Le Droit vise à s'inscrire dans la « durée » et à s'opposer à l'effet corrupteur du temps. Il veut être un « élément de conservation » des situations juridiques en maitrisant l'effet de l'action des acteurs sociaux[50]. Les règles de droit sont des « limites transactionnelles qui s'imposent aux prétentions des pouvoirs individuels et à celles des pouvoirs des institutions »[51]. Hauriou évoque en fait l'imaginaire opératoire du droit initié dès l'Antiquité romaine[52].

Comme l'a écrit A. Schiavone, en inventant le *Ius* en Occident, les juristes romains ont déployé une « puissance conceptuelle impressionnante » afin d'élaborer une « ontologie de la prescriptivité ». Leur dimension fut « la durée illimité, non la transformation ; le temps est, en ce qui les concerne pure destructivité, négativité extérieure et irrémédiable »[53]. Cet imaginaire juridique s'est ensuite prolongé car « dans le cheminement de l'Occident, plus le droit a développé sa fonction de machine disciplinante et calculante capable de formalisation de la vie… plus il a tendu à écarter la dimension de l'histoire et du changement »[54]. Cette dimension imaginaire d'une des finalités du droit est mise à l'épreuve par la question de l'actualisation juridique. Se pose alors la question de la consistance de la croyance dans la sécurité juridique.

---

49 M. Hauriou, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Cahiers de la nouvelle journée 23. Aux sources du droit le pouvoir, l'ordre et la liberté,* reprint Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1990, p. 127.

50 *Ibid.*, p. 93.

51 *Ibid.*, p. 94.

52 Cette expression fait référence aux « opérations du droit » mises en lumière par Yan Thomas (Présentation, *Annales HSS*, Nov.- Déc. 2002, n° 6, p. 1427).

53 A. Schiavone, *Ius L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008, p. 62.

54 *Ibid.*, p. 61-62.

TABLES GÉNÉRALES DE L'ANNÉE 2022

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

RRJ 2022-1

Anthony TARDIF, **Faute administrative et faute civile : destins croisés** 15

Norbert ROULAND, **Le rôle politique de la musique, de Lénine à Staline et Mao Dze Dong** 27

Clotilde AUBRY DE MAROMONT, **Penser l'unité du droit pour faire l'État**
L'obligation, effigie du monisme juridique français 55

Nicolas PARIS, **La qualification juridique des faits ou l'illusion d'une fidélité au réel** 77

Julien LAGOUTTE, **La protection différenciée des êtres vivants : spécisme, antispécisme (et au-delà) du droit pénal français ?** 101

Romain PORCHER, **Essai de distinction des infractions d'enlèvement**
Focus sur les atteintes aux prérogatives familiales par la soustraction de mineurs 129

Claire ROSSETTO, **Virus informatique : un effet libératoire à géométrie variable**..... 165

David LOVATO, **Le faux numérique ou la promesse d'une réalité nouvelle** 191

Pierre BORDAIS, **Levons le voile sur les applications divergentes du secret professionnel : tentative d'harmonisation** 209

Arnaud MÉNARD, **Sous l'empire du libéralisme économique, que reste-t-il de la domanialité publique ?**..... 235

Joachim LEBIED, **Protection du patrimoine artistique et dation en paiement**
Un mécanisme fiscal à remobiliser 263

Frédéric COLIN, **Le motif légitime en droit administratif**..... 285

Francis-Olivier Nowoayé AGBOKA, **Bilan de l'arsenal textuel de l'OHADA en période de COVID-19** 307

Carole SÉNÉCHAL, **Naviguer en eaux troubles entre santé mentale et délinquance** 339

Husain ALRASHIDI, **La Lutte contre l'Abus de faiblesse**
Comparaison entre les Droits koweïtiens et français..... 373

Marie-Claude PRÉMONT et Roselyne ALLEMAND, **Le risque de conflits d'intérêts des élus locaux**
Le cas de l'énergie éolienne au Québec et en France 395

Renan LE MESTRE, **Comment la continuité des fonctions royales est-elle assurée, en cas d'incapacité du monarque ?**
Les conseillers d'État et la régence au Royaume-Uni..... 437

Hortense NGUEDIA MEIKEU, **Les opinions séparées en contentieux constitutionnel des États africains**
Le cas de l'Afrique du Sud, du Cap-Vert et du Liberia..... 467

Bernard-Raymond GUIMDO DONGMO, **La région en droit public camerounais : quel janus juridique ?**..... 493

Anxo GARCÍA FERREIRO, **La protection des passagers dans la Loi des Services Aériens d'Israël**..... 515

Ibra FAYE, **Analyse croisée des mécanismes de règlement des différends des accords externes de l'UE et de l'Accord portant création de la ZLECAF**..... 535

Olivier DONGAR, **Libres propos sur la décision du 30 mars 2021 en faveur d'un traite international pour lutter contre les nouvelles pandémies**..... 563

Álvaro PAÚL, **Quatre problemes courants qui affectent la cour interamericaine dans son avis consultatif n° 24**..... 597

RRJ 2022-2

Norbert ROULAND, **Don Juan, ou le debauche puni, vu par un juriste**.... 635

Martin EMANE MEYO, **Libre propos sur les techniques normatives modernes de régulation des conduites en entreprise**
L'exemple de l'ancien protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19..... 655

Julien LAGOUTTE, **L'autorité justificative**
Approche critique..... 665

Jeremy ANTIPPAS, **La responsabilité « administrative » : un faux concept**..... 705

Simon RIANCHO, **La substitution de norme en droit du travail**..... 769

Sandrine DRAPIER, **Transfert du risque en matière de responsabilité environnementale : quelle imputation ?**
Libres Propos..... 793

Patrick MOZOL, **La démocratie participative locale, grande oubliée de la loi « 3DS » ?**..... 809

Jean LEFEBVRE, **La force préventive de la responsabilité délictuelle pour faute**..... 829

Léa LUCIENNE, **L'intérêt en droit de la famille et en droit des sociétés**
Étude comparée 873

Mathilde HOYER, **Loi « Climat et résilience »**
Le droit de surplomb et le tour d'échelle pour isolation thermique par l'extérieur à l'épreuve du droit commun 913

Fabien VESSIO, **Réflexion de droit privé autour d'une analyse croisée de la contractualisation du procès**
La quête pluridisciplinaire de l'efficience judiciaire 931

Aurélien LEMASSON, **Les femmes et la justice internationale pénale**
Comment faire évoluer les représentations stéréotypées ou « sexospécifiques » datant de 1945 ? ...949

Silvain VERNAZ, **Le référé en matière de protection possessoire** 969

Frédéric COLIN, **Le billet publiciste**
Le non-droit administratif 1015

Renan LE MESTRE, **Pourquoi autorités publiques et religions ne sont-elles pas véritablement séparées aux États-Unis ?** 1019

Catherine SÉNÉCHAL, **Protection de la jeunesse : quand les parents sont encore enfants** 1047

Jean MERMOZ BIKORO, **La régularisation des actes administratifs dans les États d'Afrique noire francophone** 1079

Robert ASSONTSA, **L'actualité du droit OHADA des voies d'exécution** 1119

Carole SÉNÉCHAL et Nicholas LÉGER-RIOPEL, **L'administration de la preuve scientifique et l'appréciation de sa force probante dans le procès pénal** 1161

Télesphore ONDO, **Le contentieux constitutionnel au gabon** 1189

Anicet EYANGA MEWOLO, **La rétrocession d'immeuble exproprié en droit administratif camerounais** 1265

Serge François SOBZE, **Émergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique subsaharienne** 1295

Marcel SINKONDO, **La dimension organisatrice des idées dans les mutations du droit de la régulation monétaire et financière depuis la création du Fonds monétaire international** 1335

RRJ 2022-3

Clotilde AUBRY DE MAROMONT, **Ce que nous dit l'organisation d'une nouvelle manifestation sur les rapports entre les faits et le droit**
Réflexions sur la production des connaissances dans le champ juridique 1379

Frédéric ROUVIÈRE, **Existe-t-il un concept juridique de fait ?** 1397

Claes MARTINSON, **The Norms, Facts and Values Method** 1415

Matthieu GAYE-PALETTES, **Le juge et son estomac**
Retour sur un mythe du réalisme juridique américain 1435

Gwendoline LARDEUX, **Le règne ambivalent des faits en droit probatoire** 1453

Adam CROON, **Fact or law?**
Customary Law within the Swedish Doctrine of Legal Sources in a Historical Perspective 1471

Camille BORDERE, **Les algorithmes rêvent-ils d'un droit factualisé ?**
La doctrine universitaire face à l'effet factualisant de la justice algorithmique 1489

Rafael SUGUIMOTO HERCULANO, **Entre *professional law* et *political law***
Autour du 'transfert' de la tradition romano-germanique en terres brésiliennes 1507

Julie COLEMANS, **Problématiser en droit**
Approche praxéologique du raisonnement juridictionnel 1523

Irene LIZZOLA, **L'Islam catégorisé par le droit positif**
Juger la pertinence d'évoquer le référentiel islamique en rapport à une série de « faits » ... 1541

François-Vivien GUIOT, **Maât au Plateau de Kirchberg**
Peser les faits, dire le droit, et ordonner les choses 1561

Louise FROMONT et Arnaud VAN WAEYENBERGE, **Le Semestre européen sauvera-t-il l'*État* de droit ?** 1581

Jean-Sylvestre BERGÉ, **Fonction méta ou l'hypothèse d'une démarche antécédente**
Propos sans rigueur sur une recherche au long cours 1597

Olivier THOLOZAN, **Comprendre la croyance dans un droit obligatoire** 1613

TABLE ALPHABÉTIQUE DES AUTEURS

A

AGBOKA Francis-Olivier Nowoayé, 307
ALLEMAND Roselyne, 395
ALRASHIDI Husain, 373
ANTIPPAS Jeremy, 705
ASSONTSA Robert, 1119
AUBRY DE MAROMONT Clotilde, 55, 1379

B

BERGÉ Jean-Sylvestre, 1597
BORDAIS Pierre, 209
BORDERE Camille, 1489

C

COLIN Frédéric, 285, 1015
COLEMANS Julie, 1523
CROON Adam, 1471

D

DEVINAT Mathieu, 1375
DONGAR Olivier, 563
DRAPIER Sandrine, 793

E

EMANE MEYO Martin, 655
EYANGA MEWOLO Anicet, 1265

F

FAYE Ibra, 535
FROMONT Louise, 1581

G

GARCÍA FERREIRO Anxo, 515
GAYE-PALETTES Matthieu, 1435
GUIMDO DONGMO Bernard-Raymond, 493
GUIOT François-Vivien, 1561

H

HAKIM Nader, 1375
HOYER Mathilde, 913

L

LAGOUTTE Julien, 101, 665
LARDEUX Gwendoline, 1453
LE MESTRE Renan, 437, 1019
LEBIED Joachim, 263
LEFEBVRE Jean, 829
LÉGER-RIOPEL Nicholas, 1161
LEMASSON Aurélien, 949
LIZZOLA Irene, 1541
LOVATO David, 191
LUCIENNE Léa, 873

M

MARTINSON Claes, 1415
MÉNARD Arnaud, 235
MERMOZ BIKORO Jean, 1079
MOZOL Patrick, 809

N

NGUEDIA MEIKEU Hortense, 467

O

ONDO Télesphore, 1189

P

PARIS Nicolas, 77
PAÚL Álvaro, 597
PORCHER Romain, 129
PRÉMONT Marie-Claude, 395

R

RIANCHO Simon, 769
ROSSETTO Claire, 165
ROULAND Norbert, 27, 635
ROUVIÈRE Frédéric, 1397

S

SÉNÉCHAL Carole, 339, 1161
SÉNÉCHAL Catherine, 1047
SINKONDO Marcel, 1335
SOBZE Serge François, 1295
SUGUIMOTO HERCULANO Rafael, 1507

T

TARDIF Anthony, 15
THOLOZAN Olivier, 1613

V

VAN WAEYENBERGE Arnaud, 1581
VERNAZ Silvain, 969
VESSIO Fabien, 931

DÉPÔT LÉGAL : 2e trimestre 2023

Imprimé en France
Pôle des Systèmes d'Impression (PSI)
Aix-Marseille Université