

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 – obligatorité 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 esthétique- 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 différée⁵. 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 réel⁷: 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 Éditions 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'obligatorité 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 disparaître en droit international privé et l'ensemble de son ouvrage tendait à le montrer. Battifol illustre 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, reprinting éd. 1956, p. 37.

abstraction d'une « réalité » : l'application d'un « ordre juridique étranger » sur le territoire du juge du for⁹.

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 fond¹⁰. 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 procès¹¹. 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 contraire¹². 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 1^{re} Ch. civ. 13/01/1993, 91-14-415, *Bull.* 1993, I, n° 14, p. 10: Cass. civ. 1^{re}, 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, 5^e 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'obligatorité 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 obligatoire¹³. 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 pouvoir¹⁴. 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 constante¹⁶. 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 obligatorité 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 administrative²⁰ ainsi que des associations d'administrés.

L'ensemble de ces raisons relatives à l'obligatorité 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 juridique²². 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'obligatorité juridique qu'elle est normative. Elle est plus difficile à justifier qu'une croyance positive qu'un simple fait suffit à valider ou invalider³⁰. 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.), *Chaim 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 III³³. Or l'invoque 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-même³⁴. 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 mythologie³⁵ dotée d'une force émotionnelle, politique³⁶. 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 VIII³⁷.

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 XVIII^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-ONYEKWELU, « 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 conflits³⁸. 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 judiciaires 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 compétence⁴⁰ puis au Tribunal des conflits la fonction de trancher les conflits de compétence juridictionnelle⁴¹. 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'ordonnement 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 mythologique⁴⁴. 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.Conseilconstitutionnel*, 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. VELLEJ, « 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'expliquer⁴⁵.

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 2011⁴⁶ malgré son évocation par son rapporteur⁴⁷. 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 législative⁴⁸.

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 révélerait 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 Chêneaux 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'obligatorité 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 maîtrisant l'effet de l'action des acteurs sociaux⁵⁰. 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 romaine⁵².

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 illimitée, 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. HAURIUO, « 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.