Au commencement était l'ordre juridique...

Xavier Magnon

▶ **To cite this version:**

Xavier Magnon. Au commencement était l'ordre juridique.... Le juriste idéal, Apr 2018, Bordeaux, France. hal-01973220

HAL Id: hal-01973220
https://amu.hal.science/hal-01973220

Submitted on 8 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Au commencement était l'« ordre juridique »… L'orientation générale du colloque, *à la recherche du juriste idéal*, m'incite à entendre sans doute de manière quelque peu singulière cette dernière expression, du moins de manière contre-intuitive, pour un juriste : *au commencement de la science juridique était un ordre « juridique » d'ordre épistémologique, à savoir, d'une part, une identification claire et précise de l'objet « droit » et, d'autre part, de la manière dont il s'organise en général et un usage de règles d'ordre méthodologique pour observer cet objet*. L'ordre juridique serait donc entendu ici comme l'ordre de la science juridique. Pour être un juriste, il faut pouvoir identifier son objet d'étude en général et l'observer en respectant un certain nombre de règles méthodologiques.

Ce détournement du sujet paraît d'autant plus justifié, qu'au commencement, pour la plupart des juristes, il n'y a pas « l'ordre juridique », mais bien « le droit ». Autrement dit, ce concept d'ordre juridique n'est pas le concept premier le plus partagé par les juristes, contrairement à celui de « droit ».

Pour reprendre le thème général du colloque, celui du juriste idéal, cette question du juriste idéal porte non pas sur le *droit*, mais sur le *discours sur le droit* ; de là, la question se pose de savoir quel « discours sur le droit » serait idéal. Le *juriste idéal* est celui qui propose un *discours idéal* sur le droit. Sans doute, plus que la question du juriste idéal celle, plus simple dans sa formulation, mais tout aussi redoutable à résoudre, de savoir ce qu'est un juriste est décisive. Elle est une question d'identité.

Sous l'angle épistémologique, car telle est précisément la dimension de la question qui nous occupe, une discipline se caractérise à la fois par l'*objet* qu'elle entend décrire et par la *méthode* qu'elle utilise pour le faire ou, pour le moins, par un ensemble de pratiques communes utilisées pour décrire cet objet.

Cette recherche de l'identité du juriste peut se faire de manière relativement empirique, en observant, avec une souplesse et un manque de rigueur assumés, les travaux produits par les juristes, et, plus exactement, par la doctrine juridique, dans les revues juridiques spécialisées. Sans doute faut-il également adopter un regard extérieur, celui d'un non juriste, sur ces travaux et tenter d'identifier le ou les objets sur lesquels ces travaux portent et la méthode qu'ils retiennent pour les observer.

A consulter les supports dans lesquels la production du savoir des juristes trouve sa place, des supports qui se revendiquent comme des revues « juridiques », les publications des juristes sont diverses, même s'il existe des tendances significatives : des commentaires de décisions de justice, des commentaires de textes juridiques en vigueur ou de projets de texte, des systématisation de jurisprudence et/ou de textes de droit positif sur un thème particulier ou sur un concept spécifique, plus rarement, des travaux sur des concepts en eux-mêmes et/ou sur les concepts construits par les discours doctrinaux sur le droit.

L'analyse de ces supports aboutit à formuler deux constats autour desquels la réflexion sera conduite : concernant *l'objet « droit »*, il n'existe qu'*une approche pragmatico-intuitive de cet objet* (§ I) et, à propos de *la méthode*, qu'*un usage d'un langage technique issu du langage objet* (§ II). La lecture sera donc résolument critique. C'est à partir de ces constats, et donc de l'observation de ce qui se fait, en pratique, dans les discours des juristes produits dans des revues spécialisées, qu'il conviendra de mettre en évidence toute l'importance d'une rigueur dans la détermination de son objet d'étude et des méthodes à suivre pour l'observer.

§ I – L'objet « droit » : une approche pragmatico-intuitive de l'objet

Dans ces travaux sur « le droit », ce sont des objets divers qui sont observés : des décisions de justice, des textes de droit positif, retenons-en ici une approche intuitive, des comportements de ceux qui appliquent ou interprètent le droit, des projets de textes des droits positif, des rapports de commissions de spécialistes, des discours sur le droit. Autant dire que les objets saisis dépassent largement le « droit positif » tel qu'il peut apparaître au Journal officiel « lois et règlements ». Tous ces objets ne sont pas du droit positif mais, il convient de le relever, ils se rattachent plus ou moins directement au « droit positif », soit qu'ils le précédent, soit qu'ils lui succèdent, soit qu'ils portent sur le droit positif lui-même.

Dans ces travaux, il existe une approche intuitive partagée de ce qu'est le droit positif, plus exactement, les « sources » ou les « catégories normatives » du droit positif, du moins autour d'un sens minimum : tous les juristes sont d'accord pour reconnaître comme étant du droit la Constitution en vigueur, les lois de la République, les textes réglementaires, les contrats pour ne citer que les catégories normatives les plus évidentes. Il en est d'autres qui sont plus discutées, le droit mou, flou, gazeux ou souple, la coutume, la pratique et, *last but not least*, la jurisprudence.

Et l'on peut ici s'interroger sur le fait qu'il existe des éléments discutés et d'autres qui ne le sont pas. Sans doute faut-il identifier ici une faille sur les objets saisis par le juriste. La proposition d'explication de cette carence que nous proposons est la suivante : ces incertitudes sur les objets « juridiques » ont pour origine l'absence, consciente ou inconsciente, dans la doctrine juridique d'une théorie générale du droit explicite et formalisée. Seule une théorie du droit explicite et formalisée, permettant d'identifier en général, au-delà d'un seul droit positif particulier, ce qu'est le droit, permet de classer et d'identifier ce qu'il est. Autrement dit, pour savoir si le droit mou est du droit, si la coutume est du droit, il faut savoir ce qu'est le droit en général, c'est-à-dire en dehors de tout contexte d'application. Il faut avoir un concept préalable de droit pour pouvoir établir ce qui est ou ce qui n'est pas du droit. L'on ne saurait se contenter de prendre pour objet d'étude ce qui, en général, est pris comme objet d'étude par le reste de la doctrine sans savoir pourquoi on le fait.

Il est vrai que selon la définition théorique du droit que l'on retient, les objets considérés comme étant du droit ne sont pas les mêmes. La coutume, pour un *normativiste*, ne sera du droit que si le

droit consacre la coutume comme une source du droit, selon une logique d'auto-référentialité du droit ; pour un *réaliste français*, elle en sera dès lors que les organes d'application du droit, et plus précisément les interprètes authentiques, en usent comme une norme ; pour un *réaliste scandinave*, elle sera du droit dès lors que les destinataires la considèrent comme étant du droit. Un même objet, la coutume dans cet exemple, pourra être ou ne pas être considéré comme étant du droit selon la théorie du droit qui est retenue. Ce relativisme cognitif interroge.

Il n'en reste pas moins, quelle que soit la relativité de la connaissance du droit en fonction des différentes théories du droit, qu'il n'en est pas moins nécessaire d'en disposer d'une. Il est toujours décisif, dans une démarche scientifique, de savoir pourquoi l'on inclut ou l'on exclut des objets de son domaine d'étude, ce qui suppose d'avoir une définition précise de son objet.

Cette relativité des définitions du droit selon les théories du droit ne doit pas aboutir à un relativisme méthodologique, à un refus de choisir une théorie ou à nihilisme scientifique.

Déjà, il n'est pas possible de retenir, en même temps, plusieurs théories du droit comme étant également valables. Les théories s'excluent entre elles. Ensuite, ce n'est pas parce qu'il existe plusieurs théories du droit qu'il n'est pas possible de les évaluer entre elles et de considérer que certaines d'entre-elles sont meilleurs que d'autres dans leur capacité explicative des objets qu'elles entendent décrire. Enfin, l'on se saurait utiliser de manières variables différentes théories en fonction de ce que l'on veut démontrer. Si la théorie permet de décrire des objets du réel en général, ce ne peuvent être les objets qui commandent l'usage d'une théorie plutôt qu'une autre.

Cette dernière question renvoie indirectement à une autre question quant aux conséquences à tirer de la définition de son objet sur le champ de son étude. Pour poser la question autrement : le concept de droit détermine-t-il le champ d'étude du juriste ?

Ne faut-il étudier que ce qui est considéré comme étant le droit en fonction du concept que l'on en retient, en excluant tout ce qui n'est pas du droit ? Cette position paraît radicale même si elle a le mérite de la clarté. Elle repose sur l'idée selon laquelle le juriste se doit, parmi les différents phénomènes normatifs, de n'étudier que ceux qui sont proprement juridique. L'expertise du juriste porte ainsi sur le domaine normatif, celui-ci fonctionnant selon le *principe d'imputation*, et qui se distingue du domaine des faits, régit par le *principe de causalité*, mais sur un seul domaine normatif, celui juridique, c'est-à-dire sur les ensembles de normes qui présentent certaines qualités lui permettant de revendiquer une spécificité par rapport aux autres systèmes normatifs.

Une autre position peut être défendue. Le concept de droit permet de situer et de singulariser celui-ci par rapport à d'autres phénomènes, qu'ils soient normatifs mais non juridiques, factuels ou encore idéologiques. Il permet ainsi de classer les phénomènes observés, de les discriminer entre eux pour mieux les connaître. Ce classement ne saurait conduire à écarter de l'étude des objets qui ne sont pas du droit, mais seulement à les situer par rapport à celui-ci. Encore faut-il

déterminer, le cas échéant, dans quelle mesure des objets qui ne sont pas du droit doivent être étudiés par un juriste. Il semble que l'étude de phénomènes non juridiques s'impose dès lors que cette étude éclaire la connaissance du droit, la connaissance de ce qui est juridique. Il est possible de considérer que si, en vertu d'un droit positif donné, la coutume n'est pas une norme juridique, il n'en reste pas moins que l'existence de coutumes, en tant que phénomène normatif non juridique, pour peu que l'on dispose, là encore, d'un concept de coutume pertinent, peut justifier une étude de celles-ci dans leur rapport avec les normes juridiques et donc éclairer ces dernières.

Il reste que la multiplication des objets, même si, c'est la condition retenue, ils doivent tous avoir un lien avec le droit, soulève des difficultés quant aux méthodes à utiliser pour observer de tels objets et, en particulier, pour tous les objets non normatifs, à savoir les objets observables de manière empirique. Il faut donc faire appel à des disciplines et donc à des méthodes qui ne sont pas celles des juristes et l'on retrouve alors les difficultés et les risques, plus ou moins importants, plus ou moins problématiques sous l'angle scientifique, de la pluri, de l'inter ou de la transdisciplinarité.

Ces difficultés d'ordre méthodologique sont d'autant plus redoutables que l'on peut douter de l'existence d'une méthode en droit.

§ II – La méthode : l'usage d'un langage technique reproduction du langage objet

Plusieurs éléments d'ordre méthodologiques peuvent être mis en évidence dans une discipline qui se veut scientifique. L'usage de la logique formelle, et de son principe premier, le principe de non contradiction, s'impose d'évidence dans la construction du discours. Ce qui nous occupera ici repose plus précisément sur le langage lui-même. Celui-ci est en effet à la base de la connaissance. Dans un sens large, la question de la méthode englobe le langage et, plus précisément, l'usage d'un langage précis. Et, s'il est sans doute un élément qui permet d'identifier le juriste, il s'agit de l'usage d'un même langage, technique, et donc de tout en un ensemble de termes qui sont constitutifs d'un savoir particulier, le savoir du juriste.

A lire les travaux « scientifiques » des juristes, du moins ceux qui sont publiés dans les revues spécialisées, le constat est indiscutable, à plus forte raison si l'on n'est pas juriste : les juristes usent d'un vocabulaire courant et, également, d'un vocabulaire technique. La technicité du langage et la maîtrise de celui-ci témoignent incontestablement d'un savoir particulier organisé autour de concepts mobilisés de manière commune : contrat, droit réel, suretés, état civil, dol, résiliation, propriété, droits subjectifs, par exemple, sous les tropiques privatistes ; Etat de droit, démocratie, justice constitutionnelle, service public, domaine public, par exemple, sous les latitudes publicistes.

Ce langage spécifique ne suffit toutefois pas à identifier une méthode. Plus précisément, cet usage d'un langage technique doit être discuté. Deux questions paraissent devoir être mises en

évidence : ces termes désignent-ils bien la même chose pour la communauté des juristes ? Pour le dire autrement, existe-t-il des conventions communes portant sur les définitions précises de ces concepts ? Autre interrogation, ces concepts sont-ils propres au discours sur le droit ou sont-ils seulement la reproduction du langage objet ? Les juristes ont-ils véritablement un langage de connaissance propre, distinct du langage qu'ils sont censés observer ?

Sur la première question, il semble pour le moins évident que ce n'est pas le cas. Il n'y a déjà pas de définition unanime de l'objet étudié, le droit, il ne saurait y avoir, *a fortiori*, d'accord sur le sens d'autres termes qui en découlent, plus ou moins directement. Sans doute existe-t-il un accord minimum sur le sens à retenir de certains termes, sens minimum suffisant pour la compréhension générale des discours. Toutefois, moins les termes sont techniques et moins sans doute il y a d'appréhension commune et précise des objets : la résiliation d'un contrat ne pose que peu de difficultés comme concept, alors qu'il en ira autrement de celui de droits subjectifs. Sans doute est-ce d'ailleurs commun à toutes les disciplines de faire usage de termes qui font l'objet d'une acception commune et d'autres termes autour desquels il existe des discussions. Il semble toutefois nécessaire qu'il existe un minimum d'accord sur le sens d'un certain nombre de termes pour qu'une communauté scientifique puisse exister et se discuter. La construction et l'usage d'un langage précis sont la condition même de la possibilité d'un débat doctrinal. Le seul dictionnaire, exclusivement juridique, ambitieux et donc le meilleur à ce jour existant chez les juristes français, témoigne de cette difficulté des définitions : le *Dictionnaire de la culture juridique*. Il n'est point question de « définitions » précises, du moins pas toujours, mais d'une approche culturelle des concepts juridiques, comme s'il n'était possible de les identifier qu'à travers la « culture » qui les imprègne, et non pas en posant une définition précise.

Sur la seconde question, il convient de s'interroger sur l'origine du langage mobilisé par les juristes. S'agit-il d'un langage provenant du langage objet, d'un langage construit à partir du langage objet ou d'un langage construit de manière autonome par rapport à celui-ci ? Telle est la difficulté d'une discipline qui développe un langage sur un objet lui-même constitué par un langage. Sans doute le rôle du juriste est-il de donner du sens au langage objet et donc de construire un autre langage à partir du langage objet ou de dire ce que signifie le langage objet quand celui manque de sens. La distance vis-à-vis du langage objet demeure de mise. Une construction autonome des concepts constitue un degré encore supérieur. L'effort de conceptualisation des termes juridiques techniques ne relève pas de la fonction de ceux qui produisent le droit, comme le législateur ou le juge, même si, pour ce dernier, il conviendrait de préciser en quoi il participe à la production du droit, mais de celle de la science du droit.

Il faut sans doute ici s'entendre sur la conceptualisation que l'on est en droit d'attendre de la science juridique et sur la distinction entre la *production du droit* et la *connaissance du droit*.

Au préalable, il conviendra d'éclairer ce que l'on entend par conceptualisation ou du moins, compte tenu de la complexité de la question, le sens minimum dans lequel nous l'entendrons,

notre *concept* du *concept*. Sous l'angle fonctionnel, le concept vise à, nous reprendrons ici les mots de Jocelyn Benoist, « *entendre le réel* » ou « une certaine capacité de *saisie* du réel » (*Concepts. Une introduction à la philosophie*, Flammarion, Champs essais, respectivement p. 20 et p. 43). En proposant une synthèse de son ouvrage, il est possible de définir le concept comme un *énoncé linguistique qui permet de décrire une réalité déterminée à partir de sa typicité*.

Sous l'angle de la conceptualisation, et de la distance vis-à-vis du langage objet, force est de constater que, le plus souvent, la doctrine juridique se contente de reprendre les termes du langage objet, tout en lui attribuant un sens dépendant de son usage par ceux qui le produisent. Le travail de recherche de sens n'est pas nul ; il est dépendant de celui que retient celui qui a utilisé le concept. L'on se contente de ce sens, celui qu'a retenu le législateur lorsqu'il a utilisé l'expression de « liberté fondamentale », dans le cadre du référé liberté par exemple, sans procéder à une conceptualisation autonome de cette expression.

L'exercice du commentaire d'arrêt est typique de cette démarche. Cet exercice implique d'abord d'identifier la question de droit soulevée par l'arrêt. Cette question de droit est précisément celle identifiée par le juge. L'illustration la plus significative de cette démarche est le recours aux conclusions des rapporteurs publics sur les arrêts du Conseil d'Etat. Ce sont les rapporteurs publics qui identifient la question de droit et, à défaut de ces conclusions, il appartient au commentateur d'identifier cette question de droit telle qu'elle a été reprise par le juge. De manière plus substantielle, la démarche du commentateur consiste à révéler la « véritable » démarche du juge. Le commentaire est ainsi un exercice qui consiste à proposer l'interprétation vraie de la démarche du juge. Du moins la réussite du commentaire est-elle conditionnée par la conformité de l'interprétation de la démarche du juge à ce qu'il a réellement voulu faire. Autrement dit, le commentateur est prisonnier de son objet. Il ne dispose pas des conditions à même de lui permettre une lecture autonome et donc critique : la construction de concepts propres, un référent critique constitué par une signification autonome des énoncés prescriptifs mobilisés par le juge et une approche critique, alternative à celle du juge, des possibles dans la résolution du litige.

Sous l'angle de la production/connaissance du droit, et en lien avec la question précédente sur la répétition du langage objet, Jacques Chevallier distingue la *doctrine juridique* de la *science du droit*, en considérant en particulier que la doctrine juridique est « partie prenante au processus de production du droit » (« Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 50-2002, pp. 103-119, spéc. p. 105) alors que la science du droit est extérieure par rapport au droit et qu'elle adopte un point de vue réflexif et critique. Là où la doctrine participe à l'interprétation, la systématisation, la représentation et la participation au droit ; la science du droit vise à la connaissance du droit.

Il semble que l'on puisse distinguer d'une autre manière deux types de conceptualisation qui différencieraient deux types de doctrine selon l'objet de la conceptualisation qu'il s'agisse du droit

positif ou du droit en général. Il n'y aurait plus alors à considérer qu'il existe un seul discours sur le droit qui serait scientifique, mais qu'ils pourraient tous prétendre à cette qualité. Toute systématisation nécessite une conceptualisation, un effort de distanciation par rapport au langage objet de la systématisation. Toute systématisation vise à identifier ce qui est commun et ce qui est différent afin d'identifier un objet. De la conceptualisation du droit positif à la conceptualisation théorique, il n'y aurait qu'une différence de degré, dans le niveau d'abstraction du discours de connaissance.

La difficulté majeure de la doctrine juridique réside dans le manque de distance et le défaut de reconstruction du langage objet. Une conceptualisation ambitieuse ne saurait se contenter d'une simple systématisation du langage objet. La plupart des systématisations ne sont que des systématisations du droit positif, c'est-à-dire qui n'ont de portée cognitive que du seul droit positif à partir duquel elles ont été produites, et non pas des systématisations théoriques, décrivant des objets dans n'importe quel système juridique. La systématisation du concept de service public ne se fera qu'à partir de ce qu'en dit le juge administratif, dans le seul contexte français, sans construire un concept suffisamment général qui permettrait de l'identifier dans d'autres systèmes quelle que soit la dénomination qu'il peut avoir.

La distance se manifeste également par le questionnement et la problématisation des objets étudiés. Le discours scientifique entend précisément donner à voir, à révéler ce qui est masqué dans la connaissance d'un objet et, pour cela, il convient de soulever des questions. Pour Gaston Bachelard, « *La science, dans son besoin d'achèvement comme dans son principe, s'oppose absolument à l'opinion. S'il lui arrive, sur un point particulier, de légitimer l'opinion, c'est pour d'autres raisons que celles qui fondent l'opinion ; de sorte que l'opinion a, en droit, toujours tort. L'opinion pense mal ; elle ne pense pas : elle traduit des besoins en connaissances. En désignant les objets par leur utilité, elle s'interdit de les connaître. On ne peut rien fonder sur l'opinion : il faut d'abord la détruire. Elle est le premier obstacle à surmonter. [...] L'esprit scientifique nous interdit d'avoir une opinion sur des questions que nous ne comprenons pas, sur des questions que nous ne savons pas formuler clairement. Avant tout, il faut savoir poser des problèmes. Et quoi qu'on dise, dans la vie scientifique, les problèmes ne se posent pas d'eux-mêmes. C'est précisément ce sens du problème qui donne la marque du véritable esprit scientifique. Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit.* » (*La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 2011, p. 16). Sous cet angle, la dimension constructiviste du discours juridique demeure trop faible.

Pour conclure, et au risque sans doute d'une généralisation excessive, l'on ne peut que constater que le juriste est avant tout un technicien dans la lecture et l'usage du droit et non pas un penseur sur cet objet, un technicien dont la principale compétence réside dans la capacité à prévoir comment s'appliquent des normes générales et abstraites à des cas particuliers. La doctrine des juristes s'inscrit dans cette dimension lorsqu'elle systématise le droit positif, et donc identifie les normes générales et abstraites, ou lorsqu'elle commente le discours du juge. Dans un contexte de

recherches pluridisciplinaires, de concurrence entre les savoirs, nul doute que les juristes gagneraient en visibilité et en crédibilité à s'interroger sur ce qu'ils sont, ce qu'ils font et comment ils le font.