

Le formalisme russe : littérarité et juridicité

Cabantous Marie, Espanet Loïck

▶ **To cite this version:**

Cabantous Marie, Espanet Loïck. Le formalisme russe : littérarité et juridicité. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2020, Le formalisme juridique. Méthodes et approches formelles du droit, 2019-5 (33), pp.1795-1813. hal-03587320

HAL Id: hal-03587320
https://amu.hal.science/hal-03587320

Submitted on 6 Jun 2023

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.

LE FORMALISME RUSSE : LITTÉRARITÉ ET JURIDICITÉ*

Marie CABANTOUS
Doctorante au LTD, AMU

Loïck ESPANET
Master 2 de droit public, parcours théorie du droit

***Abstract** : Russian Formalism – a litterary theory which appeared at the beginning of the 20th century – analysed literature according to its form. It offered a new method to find out what characterises literature. If it were used and applied to law, this method could maybe help pinpoint what characterises law or, unassumingly, renew some approaches. Nevertheless underlying questions keep flooding back : how far do law and literature converge ? To what extent is formalism well suited to describe law ?*

« Le *jus* se manifeste toujours comme dit »[1].

Le droit est un langage[2]. Comme tel, il se compose essentiellement de textes. Le rapprochement avec la littérature est aisé. De nombreux auteurs ont d'ailleurs approfondi cette comparaison. C'est notamment le cas du courant « Droit et littérature », éclos aux États-Unis au milieu des années 1970 à la suite des travaux novateurs de Benjamin Cardozo[3]. Pour autant, la communication entre les deux domaines n'était pas nouvelle. En effet, au cours des siècles précédents, des écrivains s'intéressant au droit avaient dépeint certaines institutions

* Nous tenons à remercier tout particulièrement Monsieur le Professeur Frédéric Rouvière, directeur du Laboratoire de Théorie du droit, pour nous avoir guidés dans ce travail et nous avoir fait l'honneur de nous publier dans cette revue, Madame le Professeur Alexandra Popovici pour sa relecture bienveillante et ses remarques qui nous ont permis d'améliorer considérablement notre ébauche, Monsieur le Professeur Alain Sériaux pour ses précieux conseils, Monsieur Pierre Michel pour sa si gentille correction détaillée, ainsi que l'ensemble des étudiants du Master 2 de Théorie du droit pour leurs encouragements et leur soutien indéfectible.

1 G. Pieri, « *Jus et jurisprudentia* », *Archives de Philosophie du droit*, t. 30, 1985, p. 57.

2 « Le droit pourrait [...] se laisser définir comme un usage normatif du langage pour régler les rapports des hommes hors de chez eux » (B. Mazabraud, *De la juridicité. Le droit à l'école de Ricœur*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'Univers des normes », 2017, p. 13) ; voy. aussi A. Seriaux, *Le droit comme langage*, Paris, Lexis Nexis, 2020.

3 B. N. Cardozo, « Law and Literature », *Yale Review,* vol. 14, 1925, p. 699-718.

dans leurs ouvrages[4]. Réciproquement, des juristes avaient préconisé une lecture des romans afin d'initier les professionnels du monde juridique à la psychologie humaine[5]. Mais la particularité du courant « Droit et littérature » fut d'utiliser les outils de l'interprétation littéraire afin étudier le droit, voire d'envisager la notion de droit comme littérature[6].

Dans cette lignée, nous allons tenter une transposition d'une théorie littéraire, le formalisme russe, au droit. Ce courant, qui date du début du XX^e^ siècle, entreprend d'analyser la littérature au moyen de sa forme. Et tandis que les autres méthodes d'interprétation littéraire mettaient en avant l'aspect psychologique, social, politique, moral, historique… des œuvres, le formalisme russe veut s'affranchir du subjectivisme. Face aux « principes esthétiques subjectifs », il exige « une attitude scientifique et objective par rapport aux faits [...], un refus de prémisses philosophiques, des interprétations psychologiques et esthétiques, etc. »[7]. Il cherche à élaborer un savoir littéraire autonome, en découvrant ce qui fait la « littérarité » d'une œuvre.

Cette problématique se retrouve dans le domaine juridique. La critique réaliste, réduisant la décision judiciaire aux seules opinions politiques ou morales du juge, a redonné son actualité à la question de l'objectivité en droit. Aux États-Unis, Jerome Frank définit la décision judiciaire comme l'équation S (les stimuli reçus par le juge) x P (personnalité du juge) = D (la décision)[8]. Les arguments juridiques n'interviendraient qu'à titre de rationalisation *a posteriori*, masquant les véritables raisons qui ont présidé à l'adoption de la solution[9]. C'est notamment pour faire face à ces assertions que Dworkin a élaboré sa théorie du droit comme

---

4 Pour ne citer qu'un exemple, Honoré de Balzac présente divers pans du droit dans sa *Comédie humaine* : le régime de l'absence dans *Le Colonel Chabert*, la réserve héréditaire dans *Du droit d'aînesse*, le droit commercial dans *César Birotteau*…

5 L'un des premiers fut le juriste américain John Henry Wigmore qui publia notamment : « A List of One Hundred Legal Novels », *Illinois Law Review*, vol. 17, 1922, p. 26-41

6 P. Segur, « Droit et littérature. Éléments pour la recherche », *Revue Droit et littérature*, 2017, n° 1, p. 107-123, spéc. p. 112-113 ; A. Coutant, « Droit et littérature, un mouvement juridique et démocratique », in F. Laffaille (dir.), *Droit et littérature*, Paris, Mare & Martin, Actes, 2014, p. 18 sq.

7 B. Eixenbaum, « La théorie de la "méthode formelle" », in T. Todorov (dir.), *Théorie de la littérature*, Paris, éd. du Seuil, 2001, p. 35.

8 J. Frank, *Courts on Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1949, p. 159.

9 « Une opinion judiciaire n'est pas un exposé *ex post facto* de la décision. C'est un exposé censuré, écrit par un juge, de ce qui l'a amené à prendre une décision qui était déjà prise. Les conventions interdisent aux juges de rapporter la plupart des éléments qui les ont amenés à prendre leurs décisions. Prendre ces exposés judiciaires éviscérés comme la base principale de prévision d'une prochaine action judiciaire revient à s'illusionner soi-même » (J. Frank, « Pourquoi pas une école de juristes cliniciens ? », *University of Pensylvania Law Review*, 1932-1933, p. 907 sq, trad. par C. Jamin, in *Les cahiers de la Justice*, 2019, n° 2, p. 304).

interprétation, avec la figure du juge Hercule et la recherche de « *one right answer* »[10]. En ce sens, Monsieur François Colonna d'Istria fait remarquer que :

> « le savoir juridique semble en perpétuelle quête de son identité épistémologique, c'est-à-dire de la spécificité de son objet et de sa méthode. Sur le chemin de cette crise continuelle, le réalisme lui jette sans doute le plus grand défi qu'il doive affronter. Comment penser un savoir juridique autonome si le droit n'est qu'une apparence dissimulant des luttes de pouvoir traversées par des enjeux socio-économiques ? »[11]

Face à ce défi, l'étude du formalisme russe apporte un regard intéressant du fait que ce courant cherche à dépasser les approches subjectives. Le droit n'est pas si éloigné de la littérature, comme nous l'avons vu, et cette théorie littéraire propose une méthode inédite. Peut-être pourrait-elle aider les juristes à retrouver une vision objective, et, ainsi, à découvrir ce qui fait la spécificité du droit.

Nous envisagerons d'abord le formalisme russe et ses traits communs avec le droit (I), puis nous interrogerons la pertinence de sa transposition au droit (II).

I. La recherche d'une spécificité de son objet : un point de départ analogue au formalisme russe et au droit

Après avoir présenté le mouvement formaliste russe (A), nous verrons qu'à l'instar de nombreuses théories du droit, il est en quête de la spécificité de son objet (B).

A. Historique et méthode du mouvement formaliste russe

Afin de comprendre la méthode formelle (2), il importe de s'intéresser au préalable à l'historique et aux principes du mouvement formaliste russe (1).

1. Historique et principes

Genèse. Prolongeant les études symbolistes, le formalisme russe s'attache à remettre en cause le lien entre vie réelle et littérature, considéré à l'époque comme un dogme[12]. Il naît en 1910 avec la parution du recueil d'articles d'Andréi Biély intitulé *Symbolisme.* Par la suite, deux cercles littéraires se créeront : le Cercle moscovite

---

10 R. Dworkin, *A matter of principle, Cambridge*, Harvard University Press, 1985, p. 119.

11 F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.*, 2012, p. 1.

12 G. Nivat, « Formalisme russe », Encyclopedia Universalis *[*En ligne*]*. Disponible sur : http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/formalisme-russe/

de linguistique, en 1915, et l'*Opoïaz*[13], à Saint-Pétersbourg, en 1916. Ils se composent tant de spécialistes de la littérature – Boris Eixenbaum, Iouri Tynianov et Boris Tomachevski à l'*Opoïaz* – que de poètes – Vladimir Maïakovski, Boris Pasternak, Ossip Mandelstam au Cercle moscovite –, d'amateurs de poésie – Ossip Brik, juriste de formation, au Cercle moscovite – ou de linguistes – Roman Jakobson, Piotr Bogatyriov, Grigori Vinokour au Cercle moscovite, et Lev Iakoubinski à l'*Opoïaz* –. Ils prendront de la distance avec le mouvement symboliste dans leur critique des sons et des images, développée par Victor Chklovski dans ses deux ouvrages *Recueils sur la théorie de la langue poétique*, parus en 1916 et 1917. Oubliant la question du son, qui leur avait servi de point de départ afin d'analyser la poésie, ils écartent également celle des images, non décisives pour la compréhension des poèmes. Ce qui a pu faire dire à Chklovski que les images ne sont en réalité que des redites du passé[14]. La spécificité de la littérature est ailleurs, elle est dans sa forme.

Principes directeurs. Le formalisme est un groupe disparate d'auteurs qui ne partagent pas tous le même point de vue. Le terme « formel » lui-même est rejeté par certains formalistes ; il leur a été imposé de l'extérieur[15]. Le mouvement s'articule autour de deux principes, difficilement conciliables, selon lesquels d'une part la littérature est une pure forme, dépourvue de lien avec la réalité, et d'autre part chaque forme n'a de signification qu'au regard de la fonction qu'elle remplit dans l'œuvre. Néanmoins, les formalistes ne se soucient pas de ces contradictions, car ils n'ont pas la prétention d'élaborer une théorie générale. Tzvetan Todorov, historien français qui s'est consacré à la traduction des formalistes russes, explique ainsi qu'« il faut se garder de ces deux positions extrêmes : croire qu'il existe un code commun à toute la littérature, affirmer que chaque œuvre engendre un code différent »[16]. La littérature est envisagée comme un code qu'il s'agit de décoder[17], ce que les formalistes russes s'attelleront à faire à l'aide de leur méthode.

2. La méthode formelle

L'un des principaux apports du formalisme russe réside en sa méthode particulière. Le mouvement ne s'est pas contenté, à l'instar de ses prédécesseurs, de proposer simplement une nouvelle théorie littéraire. Il utilise des outils novateurs, préconisant une façon de faire différente pour analyser les textes littéraires.

---

13 En français, « société pour l'étude de la langue poétique » : « *Obchtchestvo izoutchenia POetitcheskovo ÏAZyka* ».

14 V. Chklovski, « L'Art comme procédé », *Recueils sur la théorie du langage poétique*, fasc. 2, 1917.

15 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », in *L'Homme*, 1965, tome 5, n° 1, p. 66.

16 *Ibid.*, p. 73-74.

17 *Ibid.*, p. 67.

Les outils. Les formalistes ont recours à divers outils et procédés pouvant provenir d'autres disciplines[18]. Ils n'hésitent pas, par exemple, à puiser dans les mathématiques la théorie des chaînes de Markoff ou les statistiques pour analyser les textes[19].

Ces techniques visent à faire apparaître la relation entre les différents éléments des œuvres, chacun trouvant sa signification dans ses rapports avec les autres. Ces rapports s'établissent en fonction d'une hiérarchie de niveaux et de plans. Les premiers correspondent à des rangs qui renvoient à l'œuvre elle-même, à la littérature nationale, ou à la littérature en général, et les seconds, aux types d'approches : syntaxique, morphologique, phonique…[20]

Illustrations. Chaque élément est classé suivant sa fonction au sein de l'œuvre. Ainsi, Vladimir Propp, dans son étude des contes fantastiques, établit un découpage, distinguant entre les composants ceux qui servent à exprimer le changement, la substitution, ou l'assimilation[21].

Les formalistes russes révèlent par ailleurs que les récits eux-mêmes peuvent être présentés sous deux formes. Avec la construction en paliers, les termes ont toujours un trait commun, tandis que la construction en boucle repose sur une opposition : un renversement s'opère au cours du récit, la fin rejoignant le début[22]. Le roman policier est un cas typique des œuvres en paliers. Quant à l'écriture en boucle, elle se retrouve plutôt dans des histoires telles que le mythe d'Œdipe, où les personnages essaient de déjouer une prophétie qui se réalise néanmoins à la fin.

Le souci de la forme amène les auteurs russes à privilégier l'examen de la motivation esthétique, qui consiste à s'intéresser à la façon d'introduire dans le récit les différents éléments[23]. Dans cette optique a été mis en lumière le procédé de singularisation consistant à décrire une réalité sous le prisme d'un point de vue décalé : dans sa nouvelle *Kholstomer*, Léon Tolstoï imagine le monde à travers les yeux d'une vache.

---

18 *Ibid.*, p. 66.

19 *Ibid.*, p. 79-80.

20 *Ibid.*, p. 68-69.

21 Cité par T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *ibid.*, p. 72.

22 Distinction élaborée par Victor Chklovski, citée par T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *ibid.*, p. 76.

23 B. Tomachevski, « Thématique », in T. Todorov (dir.), *Théorie de la littérature, op. cit.*, p. 267-312, spéc. p. 294-297.

L'esthétique prévaut ainsi sur le réalisme[24], qui insiste sur l'importance de la vraisemblance, et sur la composition, pour laquelle toute action ou tout objet évoqué doit avoir un rôle dans l'histoire[25]. En effet, comme l'indique Aleksandr Skaftymov à propos d'une chanson épique,

> « la fin tragique [...] est probablement suggérée par sa source historique ou légendaire, mais la motivation de la disgrâce [de l'un des personnages]… ne se justifie par aucune réalité historique. Aucune tendance morale ne joue non plus. Il reste uniquement l'orientation esthétique, elle seule donne son sens à l'origine de ce tableau et le justifie »[26].

Enfin, l'histoire de la littérature peut être expliquée par l'évolution de la forme, qui suit plusieurs étapes. Tout d'abord, une forme s'impose dans le style littéraire. En réaction surgit une œuvre qui propose une nouvelle forme[27]. Enfin celle-ci s'installe et se banalise. Le cycle recommence alors. C'est pourquoi l'évolution littéraire peut être conçue comme une « succession dialectique de formes »[28].

Ainsi, au moyen de cette méthode nouvelle, les formalistes russes entreprennent de tâcher de découvrir ce qui fait véritablement la particularité de la littérature au regard des autres textes.

B. Une recherche identique de spécificité

Cette présentation du mouvement formaliste russe nous a permis de voir qu'il propose une approche particulièrement riche et originale de la littérature. Or cette théorie littéraire présente de nombreuses similarités avec des théories juridiques. Nous verrons que, de même que certaines théories juridiques sont en quête d'une autonomie du droit, de même le formalisme russe recherche ce qu'est un fait littéraire. La question est identique : elle est de savoir ce qui fait la spécificité de l'objet d'étude (1). Par ailleurs, droit et littérature eux-mêmes présentent une ressemblance autour de la notion de système (2).

1. La quête commune d'un objet autonome

L'une des difficultés majeures, en droit comme en littérature, est d'appréhender l'objet d'étude, de le cerner, de le délimiter avec précision.

---

24 *Ibid*., p. 289-294.
25 *Ibid*., p. 286-289.
26 Cité par T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit*., p. 72.
27 Iouri Tynianov, cité par T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *ibid*.., p. 82.
28 B. Eixenbaum, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit*., p. 70.

Difficulté d'appréhension de l'objet. L'objectif du formalisme russe est ainsi de dégager ce qui fait l'essence de son objet[29], la « littérarité »[30]. Plusieurs définitions de la littérature avaient été envisagées à travers les siècles. Fut d'abord retenu, à partir de l'idée d'imitation propre aux œuvres d'art, le critère de la fiction. Mais celui-ci se révéla insatisfaisant : il ne permettait pas de rendre compte de la poésie, qui fait rarement référence à une réalité extérieure, ni d'opérer un départage avec les œuvres de fiction telles que les mythes qui ne relèvent pas nécessairement de la littérature. Émergea donc au XVIII^e^ siècle une nouvelle approche, qui faisait référence au beau, par opposition à l'utilitaire : « c'est bien plus beau lorsque c'est inutile ! », comme dirait Cyrano. Un renversement s'opérait : la visée structurelle prit le pas sur le message. Les Romantiques et les symboliques s'engagèrent dans cette voie. Toutefois, si ce vers quoi tendait la littérature était désormais clair, il importait de s'enquérir des moyens spécifiques qu'elle utilisait afin d'y parvenir[31]. Tynianov explique ainsi qu'au début du XIX^e^ siècle, les karamzimistes proclamaient que le langage littéraire se devait d'être soutenu, ce à quoi s'opposaient les archaïstes[32]. C'est pourquoi les formalistes russes se sont encore heurtés au problème de la définition de leur objet. S'il était facile d'identifier des « faits littéraires », cerner la littérarité continuait d'être un défi[33].

De la même façon, il est possible d'appréhender des manifestations du droit : Christian Atias parle de « phénomène juridique » que l'épistémologie pourrait étudier, sans se cantonner à une définition qui risquerait de se révéler réductrice[34]. Car celle-ci est loin de faire l'unanimité, et le droit pourrait être assimilé aux « concepts essentiellement contestés » de Walter Bryce Gallie[35].

La nécessité d'une méthode propre. Selon les formalistes russes, la difficulté réside en la confusion des procédés et des disciplines[36]. Ils entreprennent donc d'élaborer une méthode propre. C'est elle qui leur permettra d'envisager la littérature comme une « pure forme »[37], en dépassant l'antagonisme avec le fond. Ainsi, Tynianov relativise l'opposition dégagée par Chklovski entre le procédé et le matériau : le matériau relève également de la forme, puisqu'il participe de la construction de l'œuvre[38]. Cette notion de construction lui servira ensuite à

---

29 Iouri TYNIANOV, cité par B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *ibid*., p. 64.

30 R. JAKOBSON, *La nouvelle poésie russe*, Prague, Esquisse 1, 1921, p. 11.

31 T. TODOROV, *La notion de littérature et autres essais*, Paris, éd. du Seuil, 1987, p. 12-16.

32 I. TYNIANOV, *Formalisme et histoire littéraire*, Lausanne, éd. l'Age d'Homme, 1991, trad. par C. Depretto-Genty, spéc. p. 45-48.

33 *Ibid*., p. 212.

34 C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1^re^ éd., 1985, p. 93-94, § 52.

35 W. B. Gallie, « Les concepts essentiellement contestés », *Philosophie*, 2014, vol. 3, n° 122, trad. par O. TINLAND, p. 9-33.

36 B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit*., p. 35.

37 T. TODOROV, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit*., p. 73.

38 I. TYNIANOV, cité par B. EIXENBAUM, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit*., p. 63.

distinguer le vers et la prose, à travers la fonction du rythme : dominante ou secondaire[39]. À l'opposé des symbolistes pour lesquels la forme n'est qu'un reflet du fond, les formalistes russes envisagent donc la forme comme un fond : elle n'est pas qu'un contenant, mais comporte un contenu en elle-même[40].

Or le formalisme russe, dans son traitement tant de l'évolution que de la signification des œuvres, propose une meilleure explication des faits littéraires que les courants qui l'ont précédé. Pour Boris Eixenbaum, membre de l'*Opoïaz*, l'équation « poésie = image » prônée par certains courants littéraires ne permettait pas de comprendre certains aspects essentiels de la poésie tels que le rythme, les sons, la syntaxe[41]. L'image n'est en réalité qu'un moyen parmi d'autres[42]. Ce qui fait la spécificité de la poésie est bien plutôt la « désautomatisation » : elle jette un nouveau regard sur ce qui a déjà été vu, et sublime jusqu'aux instants de la vie courante qui pourraient sembler insignifiants[43]. Les mots eux-mêmes font l'objet de cette défamiliarisation, détachés de leur signification ordinaire et redécouverts à travers leur agencement littéraire[44].

Or le problème de confusion des disciplines auquel s'est heurté le formalisme russe se retrouve en droit. Le même phénomène est abordé par les juristes, mais également par les sociologues, les économistes… Par exemple, le contrat est à la fois une opération juridique et économique. Julien Freund soulignait toutefois que « l'autonomie épistémologique n'implique pas nécessairement une autonomie phénoménologique »[45]. Les juristes peuvent disposer d'une science du droit spécifique, bien que l'objet droit, à l'instar de l'objet littérature, ne soit pas nécessairement pur de considérations sociologiques, psychologiques, économiques… La difficulté réside peut-être simplement dans l'élaboration d'une méthode spécifique, qui permettrait de déceler ce qui fait la juridicité, au-delà des autres analyses. Les formalistes russes, par leur approche novatrice, ont réussi à proposer des distinctions plus intéressantes. Pourquoi ne pas tenter de la transposer en droit ? Il est possible que ce soit par une nouvelle méthode que les juristes pourront cerner le juridique[46]. D'autant que l'objet des théories juridiques et celui du formalisme russe présentent des ressemblances.

---

39 M. Aucouturier, *Le formalisme russe*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1994, p. 51.

40 « Pour nous la notion de forme s'était confondue peu à peu avec la notion de littérature, avec la notion de fait littéraire » (B. Eixenbaum, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 47).

41 B. Eixenbaum, « La théorie de la "méthode formelle" », *ibid.*, p. 41.

42 V. Chklovski, *Sur la théorie de la prose*, Lausanne, éd. l'Âge d'Homme, 1973, trad. par G. Verret, p. 12.

43 *Ibid.*, p. 15-16.

44 M. Aucouturier, Le formalisme russe, *op. cit.*, p. 65.

45 J. Freund, « Droit et politique. Essai de définition du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 16, 1971, p. 15-35. Voir B. Eixenbaum, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 37.

46 « La méthode est l'élément qui donne sa signification scientifique pour la doctrine du droit à l'objet étudié » (J-Y. Cherot, « Le droit en contexte global », *RRJ*, n° 5, *Cahiers de méthodologie*

2. *Une même caractéristique : le système*

Au-delà des quêtes respectives des théories juridiques et littéraires, les objets droit comme littérature ont une caractéristique commune : ils peuvent s'organiser en un système et comportent une structure particulière.

La notion centrale de système. À la différence des autres théories littéraires de l'époque, le formalisme russe a choisi de se tourner vers la linguistique[47]. Il s'est inspiré des travaux de Ferdinand de Saussure, qui s'est heurté lui aussi au problème de la définition de l'objet, qu'il identifie dans la langue, envisagée comme un système[48]. Selon lui, les signes verbaux sont arbitraires et ne se comprennent que dans leur rapport avec les autres termes. Par exemple, le mot « bœuf » n'a de sens que par opposition à « vache » et à « taureau »[49]. Les formalistes russes connaîtront ces travaux par Sergeï Karcevski, qui étudia à Genève et enseigna lui-même ensuite à l'Académie des Sciences de Moscou. Sur cette base, ils dégagent alors une présentation de l'œuvre littéraire comme un système, fondant cette idée sur la spécificité du langage[50]. Ils font reposer leur théorie sur la structure de la langue, ce qui est pour eux un gage de scientificité, puisqu'à l'époque les lois de la linguistique paraissaient aussi sûres que des axiomes mathématiques[51].

Cette approche peut être étendue au droit. Comme a pu l'écrire le Professeur Jean-Louis Bergel, « pour être à la fois acceptable, praticable et efficace, le droit doit constituer un ensemble cohérent d'éléments interdépendants, c'est-à-dire un système »[52]. Les deux objets droit et littérature ont donc ce point commun d'être organisés en système qui peut être analysé au moyen de sa structure.

Un système reposant sur sa structure. Les formalistes russes étudient chaque élément de l'œuvre en fonction de ses relations avec les autres parties du texte[53]. Ce qui fait écho à l'interprétation systémique en droit, qui entreprend de découvrir le sens

---

juridique, 2018, p. 2120) ; l'ouvrage bien connu de Gadamer s'intitule d'ailleurs *Vérité et méthode*. Sur l'importance de la méthode, voir C. Atias, *Épistémologie juridique*, PUF, *op. cit.*, spéc. p. 89-93 § 49-51, et p. 175-191 § 90-97 ; pour la question du travail de la connaissance juridique sur son objet, p. 147-151 § 79 ; E. P. Haba, « Rationalité et méthode dans le droit », *Archives de Philosophie du droit*, t. 23, 1978, p. 265-293.

47 B. Eixenbaum, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 36.

48 F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Paris, Bally et Sechehaye, 1971, p. 24-25.

49 « La partie conceptuelle de la valeur [d'un terme] est constituée uniquement par des rapports et des différences avec les autres termes de la langue » (*ibid.*, p. 163).

50 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 66-68.

51 J.-M. Gouvard, *L'analyse de la poésie*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, p. 94.

52 J.-L. Bergel, « Méthodologie juridique », Paris, PUF, coll. « Thémis », 1re éd., 2001, p. 1021. La présentation du droit comme un système est admise quasi unanimement : M. Cumyn, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématicité du droit », *Les Cahiers de Droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, p. 352-353.

53 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 67.

d'un article de loi au regard du Code dans lequel il s'insère[54]. Cette idée découle du langage lui-même : un mot ne se comprend véritablement qu'au travers du contexte dans lequel il est utilisé, voire de l'intonation.

Néanmoins, le formalisme s'éloigne de l'interprétation systémique, car son but n'est pas d'étudier une proposition au regard du texte, mais de s'intéresser à la structure globale de celui-ci. Le prisme de la structure permet déjà en littérature de mieux cerner la différence entre une nouvelle et un roman : l'apothéose d'une nouvelle coïncide avec sa fin, tandis que, dans un roman, elle se trouve avant la clôture de l'histoire[55].

Or, à l'instar de la littérature, le droit peut être analysé au moyen de sa structure : « les concepts, les catégories, les institutions, les principes généraux… sont les "structures" ou, plutôt, l'armature ou l'ossature du système juridique »[56]. Et il répond à une exigence de cohérence qui se retrouve dans trois « couches » ou « strates »[57]. La première renvoie à la nécessité d'une correspondance avec les précédents textuels et jurisprudentiels[58]. La deuxième se rapporte au savoir juridique : la doctrine élabore des théories afin de présenter harmonieusement les dispositions, leur donnant une unité. La nature juridique est utilisée à cette fin, organisant entre elles les catégories : chaque institution est rattachée à un ensemble plus vaste, qui constitue sa nature juridique. C'est le cas par exemple de la vente, qui appartient à la catégorie de contrat, elle-même englobée dans celle d'obligation. Ce qui n'est pas sans rappeler les principes aristotéliciens, qui exigent de préciser dans chaque définition le genre prochain ainsi que la différence spécifique[59]. La troisième couche est plus obscure : c'est le postulat doctrinal de la cohérence du droit. Des distinctions seront élaborées afin de conserver cette cohérence présupposée. Il s'agit donc effectivement d'un véritable système structuré.

---

54 Voir C. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, 2e éd., 2014, p. 146, § 287 ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 1022.

55 B. Eixenbaum, cité par T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 75-76.

56 J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 27. Voy. aussi M. Cumyn, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématicité du droit », *op. cit.*, p. 351-378, spéc. p. 371-372, qui montre qu'il est beaucoup plus intéressant d'étudier le droit comme un système organisé par ses catégories que comme un système de normes, à l'instar de ce que proposent des auteurs comme Hans Kelsen et Niklas Luhmann.

57 Voir C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, Précis, 1re éd., 2002, p. 198, § 335.

58 Ronald Dworkin a insisté sur l'importance de cette correspondance qu'il appelle « fit », notamment au travers de sa métaphore du roman à la chaîne : *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 225-240.

59 La présentation de la définition comme devant présenter un « genre prochain » et une « différence spécifique » vient de Porphyre (Isagogè, 9, -5), qui synthétise ainsi les principes développés par Aristote dans ses *Topiques* (I, 4, 101 b, 20-25 et I, 5).

Le droit comme la littérature répondent ainsi à la caractéristique commune du système. Les deux approches ayant une même quête, la transposition au droit de la méthode formelle paraît pertinente.

II. De la pertinence d'un traitement formaliste du droit

La conception de la littérature par le formalisme russe trouve une résonnance dans la dogmatique et le raisonnement juridiques : leur scientificité se trouverait uniquement dans la forme (A). Toutefois, si la forme importe, elle ne se suffit pas à elle-même pour dégager l'essence du droit si bien que le formalisme ne peut pas à lui seul permettre de définir le droit (B).

A. Le droit comme forme ?

Pour Todorov,

> « le but de la recherche [formaliste] est la description du fonctionnement du système littéraire, l'analyse de ses éléments constitutifs et la mise à jour de ses lois, ou, dans un sens plus étroit, la description scientifique d'un texte littéraire et, à partir de là, l'établissement de rapports entre ses éléments »[60].

Cette définition pourrait être transposée *in extenso* à la recherche juridique, dont l'objet est effectivement la description du fonctionnement du système juridique, l'analyse de ses éléments constitutifs et l'établissement de rapports entre ces éléments. La dogmatique juridique est en effet « le domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes »[61]. Les méthodes employées sont identiques sur bien des points (1), et le formalisme russe pourrait avoir un apport pour le droit, spécialement en matière de qualification et d'intention de l'auteur (2).

1. Identité des méthodes

Le formalisme russe se rapproche tout particulièrement de la méthodologie juridique, notamment en ce qui concerne l'élaboration des catégories juridiques et l'étude du raisonnement juridique.

---

60 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 67.

61 A. Aarnio, « Dogmatique juridique », in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 188.

Les catégories[62] *juridiques*. La formation des catégories juridiques ressemble à s'y méprendre à la méthode formaliste des traits distinctifs, qui préconise, plutôt que de comparer deux personnages en les prenant chacun dans son ensemble, de les décomposer en dégageant leurs caractéristiques afin de les opposer ou au contraire de les rapprocher[63].

Les catégories en droit suivent en effet le même procédé. De l'étude des phénomènes juridiques sont tirée des constantes. Ces caractéristiques permettront ensuite la qualification, car il suffira de vérifier leur présence dans la situation de fait[64]. Les catégories correspondent ainsi à la structure des objets qu'elles recouvrent.

En outre, l'approche fonctionnelle de la méthode formaliste russe résonne avec l'agencement des catégories juridiques. Chacune d'elles ne peut se comprendre qu'au regard des autres. En droit des contrats par exemple, l'erreur n'aura de sens qu'en rapport avec le dol, la violence, les vices cachés, le défaut de conformité. Et chaque catégorie pourra occuper une fonction différente selon les cas : ainsi, la nullité sera considérée comme le régime seulement si elle est mise en relation avec l'un des vices du consentement. Mais, si elle est opposée à la responsabilité civile, elle deviendra la nature, ayant alors pour régime les restitutions. Une différence de nature entraînant une différence de régime[65], cette approche permettra de mettre en lumière la distinction entre les restitutions et la réparation. Par ailleurs, les normes sont elles-mêmes des mises en relation entre des catégories : les vices du consentement seront reliés à la nullité pour former une nouvelle règle[66].

Certains auteurs vont encore plus loin, estimant que les catégories juridiques ne sont en réalité que des condensés de conditions et d'effets[67]. En droit civil, les articles présentant les contrats spéciaux semblent y faire écho, puisqu'ils se contentent de décrire les obligations des parties, sans donner de véritable définition[68].

---

62 Sur la distinction entre concept, notion, catégorie, etc., voir X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2010, p. 21 sq. ; W. Dross, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ*, n° 5, *Cahiers de méthodologie juridique*, 2012, p. 2229-2235. Dans la présente étude, nous utiliserons uniquement le couple catégorie/qualification, sans entrer dans la distinction entre les concepts et les notions.

63 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 70.

64 J.-L. Bergel, Méthodologie juridique, *op. cit.*, p. 141.

65 J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ*, 1984, p. 255-272.

66 F. Rouvière, « Autour de la distinction entre règle et concept », *RRJ*, n° 5, Cahiers de méthodologie juridique, 2013, p. 2017-2027.

67 A. Ross, « Tû-Tû », Enquête, 1999, n° 7, p. 263-279 ; qu'il est possible de rapprocher des « concepts auxiliaires » de Hans Kelsen : *Théorie pure du droit*, trad. par C. Eisenmann, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique » 1999, p. 189.

68 C. Atias, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016, p. 105.

Enfin, en droit comme en littérature, les catégories doivent s'adapter à la réalité qu'elles entendent désigner. Les formalistes russes ont à cœur de ne pas faire des principes dégagés des absolus. Ils n'hésitent pas à les rectifier à mesure de leur étude des différentes œuvres littéraires[69].

De la même façon, les catégories juridiques ne sont jamais complètement déterminées : il est impossible de tout prévoir, de tout appréhender. Mais la rencontre avec la réalité, avec les nouveaux cas qui se présenteront, leur permettra de s'affiner, de se nuancer, de s'étoffer. Les catégories s'étendent à mesure qu'elles se heurtent à des situations inédites[70]. Ainsi, lorsqu'il est confronté à un conflit de qualification, le juge se trouvera contraint de trouver un critère de distinction entre les dénominations proposées. Les espèces permettent alors de redessiner les contours des catégories[71], et, par là, de mieux cerner l'identité des êtres qui en relèvent. Or la limite – du grec *τὸ πέρας*[72] – est ce qui révèle l'être, en le différenciant du non-être, comme l'explique Heidegger[73]. À chaque fois que se présente une dénomination controversée, le juge devra donner la limite de l'une des catégories, en déterminer la frontière, faire le départ avec les autres catégories en lice afin de pouvoir qualifier. Il dira par exemple qu'un contrat d'entreprise porte sur une chose spécifique effectuée en vue de répondre à des besoins particuliers, alors qu'une vente concerne un bien standard[74]. Ce qui permettra de préciser par là même le contenu de la vente : sa spécificité ne réside pas uniquement dans le transfert de propriété, puisqu'elle le partage avec d'autres contrats ; elle vient également de ce que la chose est à prendre ou à laisser, qu'il n'y aura pas véritablement d'adaptation aux *desiderata* de l'acquéreur. Le bien vendu ne prendra pas en compte les demandes exprimées : au contraire, il viendra susciter un désir d'acquisition.

---

69 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit*,. p. 67.

70 Voir C. Atias, *Questions et réponses en droit*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2009, p. 233-251, § 347 à 368 ; O. A. Ghirardi, « Quelques réflexions sur une loi logique qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux », *RRJ*, 1985, n° 3, p. 724.

71 F. Rouvière, « La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ*, n° 5, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 32, 2018, p. 1999.

72 Prononcer « *to péras* ».

73 « [La limite] n'est rien qui vienne d'abord de l'extérieur s'ajouter à l'étant. Elle est encore bien moins un manque, une amputation. L'arrêt, la rétention à partir de la limite, le se-posséder dans lequel le stable se tient, c'est cela qui est l'être de l'étant, et qui constitue d'abord l'étant comme tel, en le différenciant du non-étant » (Martin Heidegger, cité par G. Liiceanu, *De la limite, Petit traité à l'usage des orgueilleux*, Paris, Michalon, 1997, trad. A. Laignel-Lavastine, p. 185-186).

74 Cass. civ. 3e, 5 fév. 1985, n° 83-16.675 et Cass. com. 4 juil. 1989, n° 88-14.371 (*JCP G*, n° 24, 13 juin 1990, II, p. 21515 sq., note Y. Dagorne-Labbe ; *Petites affiches*, n° 35, 21 mars 1990, p. 11 sq., note D. Gibirila ; *RTD civ.*, 1990, p. 105 sq., note P. Remy ; *D.*, 1990, p. 246 sq., note G. Virassamy).

Le raisonnement juridique. Par ailleurs, le raisonnement juridique peut être appréhendé au moyen de sa structure, méthode centrale chez les formalistes russes. Le rapprocher de formes générales en le qualifiant de déductif ou d'inductif, d'analytique ou de synthétique, permet de mieux le cerner[75]. La méthode russe pourrait permettre de renouveler ces formes, à l'instar de ce qu'elle a fait lorsqu'elle a proposé une autre distinction pour la nouvelle et le roman[76].

De la même manière, la structure se révèle décisive pour l'étude de l'argumentation juridique : le découpage en catégories améliore la compréhension et la réfutation du discours. D'après l'étude menée par Monsieur Franck Haid, le raisonnement juridique s'appuie sur dix-sept grandes classes d'arguments[77]. Trois d'entre elles occupent une place prépondérante : la lettre des textes, leur esprit et la jurisprudence. La Cour de cassation et le Conseil d'État les utilisent de manière presque systématique[78].

2. De possibles apports du formalisme russe au droit : les exemples de la qualification et de l'intention de l'auteur

Sans nécessairement être identiques, d'autres procédés juridiques pourraient être utilement rapprochés du formalisme russe.

La qualification. Les juristes raisonnent souvent en recherchant la nature des choses, des actes, des situations. Cette méthode est au fondement même de l'opération de qualification. Le raisonnement des formalistes russes est tout autre. En développant le principe de la signification fonctionnelle des éléments d'une œuvre, Boris Tomachevski utilise le procédé de la substitution. Entre dans un concept tout objet qui remplit la même fonction[79].

Cette logique pourrait éventuellement être transposée en droit. S'il est difficile de savoir quelle est la fonction d'entités empiriques telles qu'un être humain, un immeuble, les actes juridiques et les institutions en revanche pourraient gagner à être analysés par ce biais[80]. Les organisations internationales

---

75 J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 143.

76 B. Eixenbaum, cité par T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 75-76.

77 Voir dans la même revue F. Haid, « Formalisme et interprétation libérale : un lien nécessaire ? ».

78 P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013.

79 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit*,. p. 70.

80 « Le droit consacre donc des "classifications empiriques" qui se fondent sur l'observation brute des réalités naturelles, comme une personne ou une chose, un individu ou un groupe et, d'autre part, des classifications dites "constructionnistes" qui procèdent de constructions intellectuelles, comme les divers types de biens ou de contrats ou les diverses formes d'États » (J.-L. Bergel, « Ouverture », in G. Wernert (dir.), *Les catégories en droit*, Paris, Mare & Martin, coll. des Presses universitaires de Sceaux, 2017, p. 16).

sont déjà définies par leur but, donc par le rôle qu'elles remplissent. Envisagé par sa fonction, le mariage peut être défini comme l'institution permettant à la société de se perpétuer de manière pérenne en fondant une microsociété, la famille. Depuis 2013, son cadre traditionnel a été bouleversé. L'analyse du mariage sous le prisme de sa fonction permet alors de comprendre pourquoi cette réforme pourrait mener à la légalisation de la PMA pour toutes et de la GPA. En effet, les couples de personnes de même sexe ne pouvant pas naturellement procréer, il n'est possible de conserver au mariage sa fonction de perpétuer la société en fondant une famille qu'en leur ouvrant la possibilité de recourir à d'autres techniques pour avoir des enfants.

L'intention de l'auteur. Par ailleurs, les formalistes ont réussi à dépasser l'intention de l'auteur par l'analyse de la structure. Selon eux, une œuvre peut être étudiée en soi, indépendamment de l'écrivain[81].

En droit, l'intention du législateur pose souvent problème. Christian Atias explique que « s'il fallait y voir une volonté historiquement exprimée, elle serait largement mythique »[82]. En effet, peuvent être recherchés les travaux préparatoires. Toutefois, ils sont parfois difficiles à trouver, notamment lorsque le texte est ancien. De plus, les débats à l'Assemblée expriment souvent des divergences dans les opinions des députés chargés de voter la loi : que signifie l'intention du législateur lorsqu'il se compose de plus de cinq cents personnes, qui n'ont pas toutes les mêmes buts ? De surcroît, la lettre ne reflète pas toujours l'intention exacte de son auteur. C'est la différence entre « *what is said* » et « *what is meant* »[83]. La lettre peut trahir l'esprit, ou ne le refléter qu'imparfaitement. Invoquer l'intention de l'auteur mène donc souvent à faire dire au texte autre chose, à l'extrapoler, ou encore à faire intervenir des opinions politiques, des positions personnelles, des valeurs morales[84]. Alors que, en droit, le principe veut que « le législateur [ne soit] pas négligent »[85].

Les juristes ne parviennent pas à faire le deuil de l'auteur. Même lorsqu'ils écartent le législateur, l'interprète le remplace : « la Constitution [– et par conséquent toute norme –] est ce que les juges disent qu'elle est »[86], selon les réalistes.

---

81 En effet, affirme Boris Eixenbaum, « aucune phrase de l'œuvre littéraire ne peut être, en soi, une expression directe des sentiments personnels de l'auteur ». Cité par T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit*,. p. 68.

82 C. Atias, *Devenir juriste*, *op. cit.*, § 287, p. 146.

83 Ce qu'on dit et ce qu'on veut dire : H. P. Grice, « Logic and conversation », in P. Cole, J. L. Morgan, *Syntax and Semantics*, vol 3. New York, Academic Press, 1975, p. 41-58.

84 Voir l'introduction de A. Scalia, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1re éd., 1998.

85 Voir S. Goltzberg, *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018, p. 100.

86 C. E. Hugues, *Adresses*, New-York, 1908. Le Professeur Michel Troper reprend cette idée : « la loi est ce que le juge dit qu'elle est » (M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 50, 2002/2, p. 335).

S'inspirer des formalistes russes, déclarer la « mort de l'auteur »[87], pourrait permettre de les libérer[88].

Ce problème serait toutefois difficile à résoudre par la seule structure des énoncés. Les formalistes russes ne s'intéressent pas au sens du texte en lui-même, mais à celui de sa forme. Le parallèle avec le droit reste limité.

B. Les critiques adressées aux formalismes : le droit comme fond ?

La méthode formaliste russe, bien qu'intéressante, comporte des insuffisances qui rendent son apport pour le droit limité (1). Par ailleurs, l'objet droit lui-même semble difficilement réductible à une approche formaliste (2).

1. Les insuffisances de la méthode formaliste russe pour le droit

Le formalisme russe, tant par sa théorie que par ses outils, est insuffisant. Si bien que son apport pour le droit s'avère limité.

Insuffisances pour la transposition. Les formalistes russes refusent d'élaborer une théorie, se fondant uniquement sur des œuvres isolées. Ce faisant, il leur est toutefois difficile de prétendre avoir décelé la littérarité. Eux-mêmes reconnaissent que leur analyse échoue à tracer une frontière claire entre littérature et non-littérature[89]. Si leur méthode peut être transposée au droit, il n'en demeure pas moins hasardeux qu'elle parvienne à découvrir ce qui fait la juridicité.

De plus, le formalisme russe apporte des outils afin de disséquer une œuvre littéraire. Cependant, il ne permet pas d'interpréter un énoncé en soi – ce n'est pas son but –, alors que les juristes, eux, ont souvent besoin d'interpréter les textes : « loi + interprétation = droit », écrivent certains auteurs[90]. La forme en elle-même ne permet pas de comprendre, même si elle permet d'analyser. Dès lors qu'il s'agit de saisir la signification, il est nécessaire de faire référence au contenu. La construction elle-même y renvoie, admettent les formalistes russes[91].

---

87 C'est le titre de l'un d'un essai de Roland Barthes publié en 1967.

88 Michel Foucault disait de l'auteur qu'il était « la figure idéologique par laquelle on conjure la prolifération du sens » (M. Foucault, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », *Bulletin de la Société française de philosophie*, n° 3, 1969, p. 73-104). Voy. aussi M. Antaki et A. Popovici, « Barthes et les lieux communs du droit », in J. Guittard et E. Nicolas (dir.), *Barthes face à la norme : Droit, pouvoir, autorité et langage*, Pairs, Mare & Martin, 2019, p. 225. Ce qui fait d'ailleurs écho à la « libre recherche scientifique » de François Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, préf. R. Saleilles.

89 T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 67.

90 V. Forray et S. Pimont, *Décrire le droit… et le transformer - Essai sur la décriture du droit,* Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2017, p. 34.

91 Iouri Tynianov a ainsi mis en lumière l'« union intime entre la signification des mots et la construction du vers » (B. Eixenbaum, « La théorie de la "méthode formelle" », *op. cit.*, p. 62).

L'irréductibilité du droit à de la littérature. En outre, même s'ils avaient atteint leur objectif, le droit et la littérature demeurent deux disciplines très différentes. Les textes juridiques demeurent irréductibles à de la seule littérature, même si des auteurs comme Stendhal ont pu s'en inspirer pour écrire[92]. En effet, ils ont une force normative indéniable. Ils sont doués d'un véritable caractère performatif[93], qui leur vient de ce que leurs auteurs sont dotés de l'*auctoritas*, c'est-à-dire de l'autorité légitime, de laquelle découlera au besoin la *postestas*, donc la force contraignante[94]. Dès que le législateur ou le juge est intervenu, « rien n'est plus comme avant »[95]. Ils instituent une vérité nouvelle dont il faudra tenir compte[96]. En effet, tandis que littérature ne recherche pas de solution pratique, ne s'intéressant pas à des cas concrets, le droit est un savoir au service de l'action[97].

En outre, le formalisme littéraire et le formalisme juridique traitent certes tous deux de la forme, mais, bien que le terme utilisé soit commun, il ne recouvre pas dans l'un et l'autre cas la même réalité. Dans la théorie russe, il revêt une signification beaucoup plus mathématique[98] qu'en droit, où il repose principalement sur « le respect des formes, de la procédure, du texte, même oral »[99]. Posé en principe absolu, le formalisme juridique peut présenter des faiblesses : les mouvements réalistes sont d'ailleurs nés en réaction à ses excès[100].

2. Le droit, une irréductibilité à une approche formaliste

La spécificité du droit le rend difficilement réductible uniquement à une approche formaliste, qu'il s'agisse de ses catégories ou de son essence.

---

92 « En composant la Chartreuse, pour prendre le tour, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel » : lettre de Stendhal à Balzac du 10 octobre 1840, citée par Gabriel de Broglie, « La langue du Code civil », *Académie des sciences morales et politiques*, Séance solennelle du 15 mars 2004.

93 Voir J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, éd. du Seuil, 1970.

94 Sur cette question, voir A. Seriaux, *Le droit comme langage*, *op. cit.*, chapitre 6 « Un discours qui change le monde. Le caractère performatif des énoncés juridiques », § 26-30 et chapitre 8 « "*Auctoritas facit ius*". Une archéologie de l'ordre juridique », § 36-40.

95 A. Seriaux, *Le droit comme langage*, *op. cit.*, § 26-30.

96 *Ibid.*.

97 Appartenance du droit aux deux secteurs de la connaissance et de l'action : C. Atias, *Questions et réponses en droit*, *op. cit.*, p. 36, § 46.

98 Voir *supra* « La méthode formelle ».

99 S. Goltzberg, *Les sources du droit*, Paris, PUF, 2018, p. 86. Il existe toutefois plusieurs types de formalismes : sur cette question, voir les autres contributions de l'ouvrage.

100 Voir par exemple, pour le cas du réalisme américain : R. Pound, « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review*, n° 8, 1908, p. 605 sq. ; P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 265-284.

Catégories construites et données. Les formalistes russes ont une vision des concepts très détachée du réel. Pour eux, un mot est un signe purement conventionnel, qui ne se comprend que dans sa relation avec les autres[101].

Toutefois, les mots doivent nécessairement correspondre à la réalité qu'ils entendent désigner. Ils ne peuvent signifier que s'ils renvoient au moins à une facette de l'objet auquel ils font référence[102]. C'est pourquoi, en droit, le législateur ne peut tout faire. Les catégories juridiques, au-delà du construit, doivent refléter un donné[103].

Pour cette raison, la perspective fonctionnaliste ne convient pas au droit. En effet, si les catégories étaient dénuées de tout contenu, il serait impossible de parler de « nature juridique » en présence de cas qui ne seraient pas expressément prévus par les textes. Ainsi, comment savoir si tel acte est une vente ou un bail par exemple, si le comportement incriminé est un meurtre ou de la légitime défense ? Le juge pourrait instrumentaliser à sa guise les catégories juridiques[104].

Au-delà du formalisme. Enfin, bien que cette idée puisse paraître tentante, le droit se limite-t-il vraiment à un formalisme ? Il est possible de faire une analogie avec la médecine : bien que la technique médicale occupe une place importante, un médecin qui s'en servirait pour torturer un patient ferait-il toujours de la médecine ? La question peut être transposée au droit : la technique juridique suffit-elle à le définir ?

La justice demeure primordiale[105]. La forme n'a de valeur et ne se comprend qu'au service d'un fond. Elle ne tiendra qu'à condition de puiser là toute sa substance. La critique réaliste nie le sens de tout ce formalisme. Or si ce dernier est nécessaire – « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté » clamait Jhering[106] – il ne l'est que parce qu'il est sous-tendu par une finalité : « la forme, c'est le fond qui remonte à la surface », pour reprendre les mots de Victor Hugo. La *potestas* ne tient qu'appuyée sur l'*auctoritas*, compétence particulière dévolue en vertu du mérite existant ou supposé[107]. Il ne peut y avoir d'obéissance aux décisions prises – normatives ou judiciaires – que si celles-ci sont elles-mêmes justifiées. Le droit

---

101 Exemple du mot « jaune » : T. Todorov, « L'héritage méthodologique du formalisme », *op. cit.*, p. 77.

102 S. Auroux, *La philosophie du langage*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2008, p. 12.

103 A. Seriaux, « Qualifier ou l'entre-deux du droit », in C. Puigelier (dir.), *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1267-1285.

104 Voir M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, t. 1, p. 367.

105 « Le droit ne peut se contenter d'être un système formel. Il a besoin d'un fondement plus profond de sorte qu'au-delà du juridique apparaisse ce qui est juste » (J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 155).

106 R. von Jhering, *Droit romain dans les divers phases de son développement*, Paris, Marescq, t. 3, 1877, trad. par O. de Meulenaere, p. 158.

107 A. Seriaux, *Le droit comme langage*, *op. cit.*, § 39-40.

est un savoir avant d'être un pouvoir[108]. Pour reprendre les exemples développés plus haut, la dogmatique juridique elle-même est « l'étude savante et raisonnée du droit positif dans la perspective de l'adoption d'une solution souhaitable »[109]. Et le raisonnement juridique n'est pas qu'un régime d'interprétation des règles. Il se rattache toujours à un cas, à une situation de fait, dont il ne peut se déconnecter : c'est là son enjeu. Les règles sont lues à la lumière de cet enjeu. « Toute question de droit demeure une question de conscience, une question d'homme, une question d'hommes, une question humaine » rappelait Christian Atias[110]. Le raisonnement juridique ne peut avoir la rigueur et la froideur de la démonstration mathématique.

Ainsi que le lançait Michel Villey, « est-ce là réintroduire le vague et l'incertitude dans les études juridiques ? On n'y peut rien : que ceux-là qui n'en veulent point s'en aillent faire des mathématiques »[111].

[108] C. Atias, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, *op. cit.*, p. 149.

[109] R. Encinas de Munagorri, « Théorie des sources du droit », *Encyclopedia Universalis* [En ligne]. Disponible sur : http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/theorie-des-sources-du-droit/

[110] C. Atias, *Questions et réponses en droit*, *op. cit.*, p. 59.

[111] M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 293.