



**HAL**  
open science

# Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique

Jean-Louis Bergel

► **To cite this version:**

Jean-Louis Bergel. Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique. Cahiers de Méthodologie Juridique [Numéros spéciaux de la RRJ - Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif], 2006, Rétrospective et perspectives de recherche en méthodologie juridique, 2005-5 (20), pp.2649-2660. hal-03813595

**HAL Id: hal-03813595**

**<https://amu.hal.science/hal-03813595>**

Submitted on 13 Oct 2022

**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.

## ÉBAUCHE D'UNE DÉFINITION DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE\*

Par

Jean-Louis BERGEL

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III*

On admet assez généralement que tous les systèmes juridiques ont une même structure et comportent les mêmes sortes de normes juridiques, normes de conduite, de compétence et d'organisation pour certains auteurs, normes de conduite et normes de sanctions, pour d'autres, normes de conduite seulement, pour d'autres encore. Pour H.L.A. Hart, un véritable système juridique comporte toujours des "règles primaires", c'est-à-dire des règles de conduite, et des "règles secondaires" déterminant les voies par lesquelles les règles primaires sont constatées, introduites, supprimées, modifiées et sanctionnées. Ce serait la combinaison de ces règles de conduite et de compétence qui formerait le noyau de tout système juridique<sup>1</sup>.

On peut effectivement prendre pour hypothèse que toute société implique une organisation, des règles de conduite, des mécanismes de production de ces règles, des modes d'imposition et de sanction du droit... Tous les systèmes doivent répondre à des exigences comparables pour l'essentiel. Les modes de formation du droit, les techniques de conciliation ou de sanction, les types de procédures, les formes d'organisation politique... peuvent, au-delà de leur diversité, s'identifier et se dénombrer assez aisément. Ce sont les conjonctions multiples de besoins et de buts différents, d'institutions et de mécanismes variés, de règles et de techniques diverses qui, dans le contexte spécifique de chaque société et de chaque époque, finissent par produire, les particularismes de chaque système juridique. Il y a ainsi une certaine constance des méthodes du droit, des notions fondamentales, des procédés techniques, des instruments juridiques, des modes de raisonnement, au-delà de l'hétérogénéité apparente des divers ordres juridiques.

On peut ainsi concevoir que l'étude des méthodes du droit, par son champ de recherche et son contenu, soit en quelque sorte commune à tous les systèmes. Dans la tradition jusnaturaliste comme dans les doctrines positivistes, de nombreux auteurs ont admis qu'il existe, en théorie générale du droit, des données universelles, indépendantes des contingences locales ou temporaires des sociétés concernées, et que l'on peut trouver des solutions permanentes à des problèmes fondamentaux tels que celui des méthodes d'interprétation du droit. D'autres considèrent que, s'il est possible de détecter, à un haut niveau de généralité, des traits communs des phénomènes juridiques dans toutes les sociétés, cela devient impossible dès que l'on observe les différences concrètes d'un système à l'autre<sup>2</sup>.

Il n'est certes pas douteux qu'il y ait d'importantes dissemblances entre les droits romano-germaniques de tradition légaliste et les droits de "common law", entre les droits des sociétés libérales et les droits socialistes ou encore les droits

\* Cahiers de Méthodologie Juridique N° 5, 1990, RRJ 1990-4.

<sup>1</sup> H.L.A. Hart, "The concept of law", Oxford Clarendon Press, 1961, p. 90 - 96.

<sup>2</sup> P.S. Atiyah and Robert - S. Summers, "Form and substance in anglo-american law - A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions", Clarendon Press, 1987, p. 415 et s.

traditionnels<sup>3</sup>. Mais l'influence des colonisations, l'internationalisation des échanges, l'assouplissement des idéologies ont estompé les différences fondamentales. Plus que jamais, l'évolution convergente des systèmes juridiques démontre l'analogie des grands problèmes et la constance des méthodes du droit qui constituent bien une hypothèse raisonnable. On ne peut traiter des droits positifs qu'en pensant au droit fondamental qui leur est sous-jacent.

On observe toutefois, notamment en France, de nos jours, que l'étude de la méthodologie juridique est souvent négligée et que "tout semble se passer comme si la science du droit était une science sans méthode"<sup>4</sup>.

Or, jamais plus qu'à notre époque de surréglementation pointilleuse, éphémère, contradictoire et trop hâtive, de bouleversements techniques, humains et sociaux, d'interpénétration d'ordres juridiques divers, la connaissance et l'application des méthodes du droit ne semblent s'être à ce point imposées. Elles paraissent indispensables à la détermination et la formulation des règles de droit par le législateur, à leur interprétation, à la solution des litiges et la rédaction des jugements par le juge, à l'argumentation des parties au procès, à la négociation et l'établissement des contrats par les praticiens, à la formation efficace des étudiants. A tous s'impose une étude attentive des règles qui dominent la démarche intellectuelle des juristes, "de la discipline qu'elle implique, des formes de raisonnement auxquelles elle a recours, des procédés techniques qu'elle emploie"<sup>5</sup>.

On ne peut, sans une méthodologie rigoureuse, concevoir des règles capables de régir efficacement et en toute sécurité la réalité sociale, ni appliquer à l'infini des situations de fait les solutions juridiques qu'elles méritent.

On ne peut en effet livrer les rapports ou les conflits sociaux à une sorte d'existentialisme juridique, procédant du seul bon sens, du sentiment d'équité et de la conscience des juges. Cela conduirait à des jugements contradictoires dans des situations identiques, à l'arbitraire et à l'insécurité. On ne peut pas, non plus, limiter le droit à d'innombrables textes que les juristes n'auraient qu'à connaître pour les appliquer purement et simplement à des cas particuliers. Il ne peut pas y avoir un texte pour chaque problème. Serait-ce possible, les textes sont inévitablement souvent obscurs, ambigus ou incomplets. Ils doivent être interprétés et complétés.

La connaissance du droit ne se réduit pas à une bonne mémoire pour laquelle l'homme ne saurait rivaliser avec l'ordinateur. Elle suppose des méthodes appropriées fondées sur une logique, des raisonnements divers, des instruments techniques, des classifications, des qualifications, une terminologie riche et précise, des techniques d'expression adéquates. Cela implique des procédés déterminés d'information, de coordination, d'interprétation...

La méthodologie juridique se définit alors comme l'étude du savoir-faire des juristes : législateurs, juges, praticiens, universitaires... Mais elle est aussi l'étude des divers savoirs-faire juridiques qui varient selon les activités considérées : élaboration et rédaction des textes, étude du droit, application du système juridique. Les perspectives, les objectifs, les moyens et les méthodes ne sont évidemment pas les mêmes quand il s'agit d'élaborer la loi, de rendre un jugement, de négocier un contrat et d'enseigner, d'exposer ou d'apprendre le droit.

<sup>3</sup> R. David et C. Jauffret - Spinosi, "Les grands systèmes de droit contemporains", Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> Ed., 1982 ; M. A. Glendon, M. W. Gordon et C. Osakwe, "Comparative legal traditions in a nutshell", West publishing Co., 1982.

<sup>4</sup> C. Atias, "Réflexions sur les méthodes de la science du droit", D. 1983, I, 145. "Épistémologie juridique", Ed. P.U.F., 1985, n° 38.

<sup>5</sup> E.S. de la Marnierre, "Éléments de Méthodologie juridique", Ed. Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1976, Préface G. Vedel, n° 5 et 6.

La méthodologie juridique englobe cependant aussi bien cette étude globale des méthodes du droit que celle des opérations particulières que l'on met en œuvre pour des activités déterminées de la vie juridique.

La compréhension de la méthodologie juridique suppose donc à la fois d'établir ses caractères (I) et son objet (II).

## 1<sup>o</sup> PARTIE - CARACTÈRES DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Quelles que soient leurs tâches, les juristes sont toujours conduits à appliquer ou à modifier l'ordonnement juridique existant. Ils doivent concevoir et conduire leur action à partir de leur connaissance du système juridique. La méthodologie juridique doit leur permettre de déterminer le meilleur processus pour mettre en œuvre leurs connaissances, autrement dit, de définir "un processus rationnel d'exploitation des connaissances" juridiques. "A la limite, si l'on n'avait le temps d'apprendre qu'une seule chose, c'est la méthode qu'il faudrait acquérir, plutôt que la connaissance des règles juridiques, car celles-ci se modifient tandis que la méthode reste"<sup>6</sup>. La méthodologie juridique est ainsi l'itinéraire inéluctable de tout juriste entre ses connaissances et son action. Bien étudiée, elle permet des solutions justes et efficaces. Ignorée, les juristes vont se fourvoyer dans l'inertie ou l'erreur.

Transition entre le simple savoir et le savoir-faire, la méthodologie juridique est difficile à définir (A) ; sa nature, intermédiaire entre la théorie juridique et l'étude de droit positif, est mal connue (B).

### A - Définition de la méthodologie juridique

Au sens étymologique, la méthode est un "cheminement". Elle est conçue comme un enchaînement raisonné de moyens, plus précisément comme la voie à suivre pour parvenir à un résultat. La méthodologie est une étude des méthodes scientifiques et techniques, des procédés, utilisés dans une discipline déterminée. Si, pour Descartes, la méthode semblait unique et universelle<sup>7</sup>, les méthodes sont aujourd'hui diversifiées selon leur domaine d'application.

Même si le Droit s'appuie incontestablement sur des valeurs qui dépassent le domaine de la technique juridique, il se définit comme l'ensemble des règles régissant la vie en société et dont le respect est garanti par la puissance publique. Il n'est pas une fin en soi mais un ensemble de mécanismes d'organisation des sociétés et de régulation des relations sociales. Les sources formelles du droit telles que les constitutions, les lois, les traités, voire la coutume, la jurisprudence ou les contrats, détermineraient, prises isolément, des règles de droit dispersées, incomplètes et contradictoires. "Il faut classer, rassembler, compléter les dispositions les unes par les autres, bref mettre en ordre. Pour cela, la science du droit use d'une technique, de procédés divers pour atteindre à la systématisation"<sup>8</sup>. La conception, l'expression, la compréhension et l'application du droit supposent "une logique plus ou moins rigide de concepts, de catégories, de classifications... destinée à introduire, dans la masse des règles, clarté et praticabilité"<sup>9</sup>.

Les valeurs consacrées par un ordre juridique et les règles qu'il comporte ne peuvent être mises en œuvre que grâce à des principes, des instruments, des modes

<sup>6</sup> P. Delnoy, "Initiation aux méthodes d'application du droit", Presses Universitaires de Liège, 1989-1990, Vol. I, p. 7.

<sup>7</sup> "Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences" (1.637). V<sup>e</sup> p. ex. "Le livre de poche" n° 2.593 (1.970).

<sup>8</sup> J. Carbonnier, "Droit civil", "Introduction", 17<sup>e</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis n° 23.

<sup>9</sup> J. Dabin, "Théorie générale du droit", Ed. Dalloz, Coll. "Philosophie du Droit", 1969, n° 264.

de raisonnement particuliers. François Gény écrivait que "toute élaboration juridique est dominée par des opérations intellectuelles et par une méthodologie, basées sur les principes de la logique commune, avec un certain assouplissement commandé par la nature propre de l'objet à pénétrer : les règles juridiques"<sup>10</sup>.

Ainsi, une méthode est "une manière de conduire la pensée"<sup>11</sup> et la méthodologie juridique est l'étude des procédés et des méthodes que les juristes pratiquent dans leurs activités de recherche, de création et d'application du droit et, plus généralement, pour parvenir à la solution des problèmes juridiques. On l'identifie souvent à la dogmatique juridique, c'est-à-dire au domaine de la science du droit qui est consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques.

Certains auteurs lient alors la dogmatique et la méthodologie juridiques au positivisme juridique. La systématisation et l'interprétation des règles de droit, l'élimination de leurs contradictions et de leurs lacunes se limiteraient au champ clos du droit en vigueur et excluraient toute "science du droit". Il y a là une dénaturation de l'analyse du droit en système ouvert et complexe et de la méthodologie juridique. La diversité des raisonnements juridiques et des méthodes d'interprétation, l'étude des modes de formation et d'évolution du droit, l'intégration des valeurs consacrées par une société dans les méthodes d'élaboration et d'application de ses règles, la découverte et l'incidence des principes généraux dépassent de beaucoup une simple technique de mise en œuvre du droit étatique du moment. Dans une telle approche, le droit ne se résume pas à la loi. La méthodologie juridique n'est pas liée à une école de pensée déterminée. Elle a sa place dans toutes les conceptions qui refusent l'improvisation et l'irrationalité du droit. Cette "neutralité" de la méthodologie juridique est spécialement évidente pour ceux pour lesquels ni les doctrines du droit naturel, ni les positivismes n'apportent, à eux seuls, une réponse suffisante dans la définition du droit et qui croient pouvoir concilier un certain idéalisme, les exigences des faits sociaux et l'autorité des droits positifs. On peut admettre que si la définition du droit est importante dans la philosophie du droit qui vise l'essence du phénomène juridique, les querelles théoriques concernant la définition du droit "paraissent sans importance" pour les fins pratiques et qu'elles "ne font pas difficulté dans la méthodologie générale et celle des sciences sociales"<sup>12</sup>. On décrit le droit "soit par un de ses traits formels, soit par un fait social qui l'explique, soit encore par une vision idéale de sa finalité". Mais on peut s'affranchir de ces thèses en reconnaissant dans la démarche juridique, "le mouvement qui les relie dialectiquement l'une à l'autre". Il faut alors considérer les fonctions des diverses composantes du système juridique et les moyens de les utiliser au mieux pour atteindre les résultats souhaités. Il faut délaisser l'essence du droit et se limiter à sa substance. Il faut dégager les problèmes, les modèles d'organisation, les techniques de régulation, les instruments et mécanismes, les méthodes de raisonnement, les moyens d'action, les procédés de règlement de conflits communs aux divers systèmes juridiques qui en constituent, méthodologiquement, le fonds commun.

<sup>10</sup> F. Gény, "Science et technique en droit privé positif" ("Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique"), T. IV, n° 302.

<sup>11</sup> H. Motulsky, "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", n° 4.

<sup>12</sup> J. Wroblewski, "Problèmes méthodologiques pour définir le droit", in "Définir le droit", Revue "Droits", Vol. 10, 1989, p. 117-118.

## B - Nature de la méthodologie juridique

La méthodologie juridique se distingue ainsi nettement de la *philosophie du droit* qui étudie le Droit par rapport aux valeurs qui l'inspirent ou qu'il recherche et qui l'aborde à travers une certaine vision de l'homme et du monde. Plus préoccupés par ce qu'il devrait être que parce qu'il est, les philosophes s'intéressent davantage à l'essence du droit qu'à sa substance. Ils ont tendance à "dépouiller le droit de son appareil technique pour en découvrir la signification métajuridique". La philosophie du droit traite de la raison d'être du droit, de ses origines, de ses finalités en fonction de positions essentiellement métaphysiques, éthiques, idéologiques, politiques, sociologiques, socio-économiques...<sup>13</sup>. Les juristes ont à résoudre des problèmes concrets. Ils ont recours, pour cela, à des méthodes de qualification, d'interprétation, de coordination de règles diverses, de raisonnement... dont l'étude relève de la méthodologie juridique.

Mais cette discipline se distingue aussi de la stricte approche de *droit positif* car elle ne se cantonne pas à la solution ponctuelle d'une situation particulière. Science de la méthode, elle s'attache, au-delà de la spécialisation des diverses matières juridiques et même des divers systèmes juridiques, aux principes généraux du droit, aux instruments et mécanismes de conception, de compréhension et d'application du droit, aux multiples concepts, catégories et institutions de l'appareil juridique, aux procédés d'interprétation du droit, aux diverses techniques de régulation des rapports sociaux ou de solution des conflits, aux diverses formes de la recherche juridique...

Ainsi, la méthodologie juridique se rapproche à bien des égards de *l'épistémologie juridique*. Mais cette discipline est plus particulièrement consacrée à l'étude des modes de connaissance du droit. Étude critique, elle a davantage pour objet de diriger la pensée juridique, en se dégageant des réalités, des besoins et des intérêts concrets pour ne considérer que les notions pures, les ordonner en elles-mêmes et parvenir à une solution juridique par les seuls efforts de la pensée<sup>14</sup>, bref à considérer le droit comme il devrait être plus que comme il est. La méthodologie juridique ressemble plutôt à de la *phénoménologie du droit*, dans la mesure où elle revient aux "choses mêmes" et en observe la réalité, sans idée préconçue<sup>15</sup>.

La méthodologie juridique se rattache enfin à la théorie générale du droit qui étudie l'ordre juridique dans sa globalité à partir de l'observation des divers systèmes juridiques et qui s'applique à définir les grands axes de la construction et de l'application du droit. Mais la théorie générale du droit est conçue tantôt comme une philosophie du droit, spéculation sur l'essence ou les fins du droit et de la justice, tantôt comme une théorie empirique décrivant le droit positif, tantôt encore comme une métathéorie de la doctrine juridique<sup>16</sup>. La théorie générale du droit peut aussi être abordée dans une perspective méthodologique<sup>17</sup>. Mais la méthodologie juridique n'en est qu'une partie et ne concerne que les voies et moyens utilisés dans les diverses actions d'exploration, de création et d'application du droit. La définition même du Droit, son essence et ses fonctions n'entrent pas dans son champ.

La notion même de méthodologie juridique suppose toutefois une certaine vision du droit, conçu comme un système organisé de régulation sociale.

<sup>13</sup> ES. de la Marnière, op. cit. n° 5.

<sup>14</sup> F. Gény, op. cit., T. I, n° 35 à 56, C. Atias, op. cit.

<sup>15</sup> P. Amselek, "Méthode phénoménologique et théorie du droit", 1964.

<sup>16</sup> Mark Van Hoecke, "What is legal theory?", Leuven, Acco 1985.

<sup>17</sup> Jean-Louis Bergel, "Théorie générale du droit", 2<sup>e</sup> Ed., Dalloz, Collection "Méthodes du droit", 1989.

Ce qui caractérise un système, c'est la *cohérence* des éléments qui le composent ou, mieux, une "qualité d'organisation"<sup>18</sup>.

L'utilité et le succès de la notion de système, "au-delà de toute considération de mode"<sup>19</sup>, tiennent au fait qu'elle dépasse "la distinction traditionnelle entre les aspects morphologiques des choses et leur dynamique propre pour tenter de saisir la relation intime qui les unit". C'est ainsi que les aspects substantiels du droit qui en sont les racines (idées de justice, de sécurité et de progrès, faits sociaux ou volonté de l'État) et ses expressions formelles (lois et autres normes, jurisprudence...) s'y conjuguent aisément. La notion de système permet aussi "de maintenir l'identité de l'objet auquel elle s'applique tout en prenant en compte les relations d'échange qu'il entretient avec... le milieu dans lequel il se trouve" : le droit ne doit pas seulement être considéré en lui-même mais avec le milieu social dans lequel il agit. "L'approche systémique... cherche à repérer les centres nerveux d'un système afin d'agir efficacement sur ceux-ci et de construire une stratégie d'action"<sup>20</sup>.

L'assimilation du droit à un système ouvert et complexe comportant de nombreux sous-systèmes permet dès lors d'en dégager les inspirations et les finalités, la logique et la cohérence, les instruments et les procédés, sans négliger les réalités dont il procède et auxquelles il s'applique, et sans le figer dangereusement. C'est en fonction de ces éléments que l'élaboration et l'application du droit peuvent s'opérer grâce à des méthodes appropriées.

Par exemple, la loi doit être interprétée dans le sens où elle est compatible avec le système juridique dont elle dépend et non dans un sens où elle serait en contradiction avec lui. Son interprétation doit être conforme à l'esprit du législateur et aux finalités poursuivies. Elle doit être fidèle au texte pour respecter la logique des institutions. Ainsi, la systématisation du droit permet d'en éliminer les contradictions grâce aux méthodes d'interprétation "système" et aux principes de règlement des conflits de lois<sup>21</sup> et d'en combler les lacunes grâce à des principes généraux, des interprétations extensives, des procédés logiques comme l'analogie ou l'argument "a fortiori".

Il appartient en outre à la Doctrine de procéder à un exposé systématique du droit et de réunir des éléments épars de l'ordre juridique en ensembles cohérents et harmonieux. La "système" est l'art du classement des notions, des concepts ou même des règles, en bref des catégories du droit<sup>22</sup>. La doctrine est ainsi conduite à créer des concepts destinés à "la connaissance et à l'analyse systématique du droit", à procéder à des classifications, puis à identifier les choses, les personnes, les droits et les faits par rapport à ces catégories, pour les soumettre au même régime juridique que le leur. La méthode qui consiste à découvrir le régime juridique d'une chose à partir de sa nature juridique est d'usage quotidien pour tout juriste. Mais cet effort de classification permanente est également nécessaire pour coordonner les textes juridiques. La fameuse hiérarchie formelle des normes de Kelsen permet de déterminer leur validité, parce que la règle inférieure doit être conforme à la norme supérieure. Le classement des règles selon la plus ou moins grande généralité ou

<sup>18</sup> E. Morin, "La méthode", T. I, "La nature de la nature" (1977), T. II "La vie de la vie" (1980), Ed. Le Seuil.

<sup>19</sup> P. Orianne, "Introduction au système juridique", Ed. Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 23 et s.

<sup>20</sup> P. Orianne, *ibidem* ; Comparer J.-L. Le Moigne, "Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ?", *Rev. Rech. Jur.* 1985 - I - p. 155 et s. (Mais attention aux excès de la modélisation en droit).

<sup>21</sup> J. Wroblewski, "Le positivisme juridique et le paradigme de la dogmatique juridique" in *Archivum Juridicum Cracoviense*, Vol. 22, 1989, p. 161 et s., n° 9.

<sup>22</sup> L. Hocine, "La dissertation et la logique juridique en droit privé", Presses Universitaires de Grenoble, 1983, n° 9 ; J. Rivéro, *op. cit.* p. 101.

spécialité de leur domaine d'application, la découverte de principes généraux ou fondamentaux du droit, voire de principes "supra-constitutionnels"<sup>23</sup>, procèdent aussi de cette systématisation inéluctable du droit.

Toute œuvre de codification, enfin, est, par excellence, une œuvre de systématisation. Elle l'est surtout lorsqu'il s'agit d'une codification matérielle, novatrice, comme ce fut le cas pour le Code Napoléon. Mais c'est aussi le cas, d'une autre manière, de codifications purement formelles, destinées, non à repenser une matière mais à regrouper et ordonner les textes législatifs et réglementaires préexistants<sup>24</sup>. On observe aussi actuellement des formes mineures de systématisation des comportements et des relations juridiques par la "normalisation", dans des "documents de référence", des problèmes techniques et commerciaux.

## II° PARTIE - OBJET DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

F. Gény observait que "le champ de l'élaboration juridique se dédouble : d'une part la science, connaissance des fins, relevant de la philosophie, d'autre part, la technique, action poursuivie grâce à des moyens relevant du métier"<sup>25</sup>. Cela rejoint la distinction entre la politique juridique qui détermine les objectifs et la technique juridique par laquelle le juriste doit élaborer les moyens adéquats pour les atteindre.

Au sens large, la technique juridique englobe "l'ensemble des moyens et procédés, de quelque nature qu'ils soient, matériels ou intellectuels, par lesquels se "réalise le droit". Cela peut englober une technique de fond qui fournit "la matière originaire des règles" et "une technique de mise en forme", visant à rendre efficaces au point de vue de l'application effective, les règles et leur contenu".

Issue de la doctrine allemande du 19° siècle, de Savigny à Ihering, la notion de technique juridique recouvre un domaine incertain. Très large, selon F. Gény, elle absorberait, d'après L. Duguit, presque tout le domaine du droit<sup>26</sup>. Elle ne concerne que la forme du droit et non sa matière, pour Ihering, qui y voit une méthodologie comportant des opérations théoriques et pratiques telles que l'analyse juridique, la concentration logique et la construction juridique<sup>27</sup>. Pour J. Dabin, "tout, dans la règle juridique, quelle qu'en soit la source, y compris la coutume, est construction et, en ce sens, œuvre de la technique"<sup>28</sup>.

Il est vrai que la technique juridique et la méthodologie juridique font appel à une logique plus ou moins rigide de concepts et de catégories à fin proprement utilitaire, destinée à introduire dans la masse des règles clarté et praticabilité<sup>29</sup>.

Pour affirmer que le droit n'est pas une science, on peut observer que ce sont là de simples artifices pour capter sous un système rationnel l'irrationalité d'une infinité de faits sociaux et de réalités humaines. On peut ajouter que la "logique

<sup>23</sup> S. Rials, "Supraconstitutionnalité et systématisme du droit" in "Le système juridique", *Arch. de Philo. du Droit*, *op. cit.*, p. 57 et s.

<sup>24</sup> R. Sève, "Système et code", *ibidem*, p. 77 et s. ; J.-L. Souriaux, "Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle - Le droit français". Rapport aux 10èmes journées franco-soviétiques (1988), Société de législation comparée, p. 145 et s., J.-L. Bergel, "Principal features and methods of codification", *Louisiana Law Review*, Vol. 48, 1988-5, 1073 et s.

<sup>25</sup> F. Gény, *op. cit.*, T. IV, n° 272.

<sup>26</sup> L. Duguit, "Traité de droit constitutionnel", T. I, "La règle de droit - Le problème de l'État", 3° Ed., Paris, Boccard, 1927, p. 105.

<sup>27</sup> R. Von Ihering, "L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement".

<sup>28</sup> J. Dabin, "Théorie générale du droit", *op. cit.*, n° 264.

<sup>29</sup> *ibidem*.

juridique<sup>30</sup> est, par essence, contradictoire parce que fondée sur le débat contradictoire, comme le procès, et que, contrairement aux autres sciences, un problème juridique n'y comporte pas une seule solution, mais au moins deux. On objectera encore que la vérité judiciaire n'est jamais qu'une vraisemblance, consacrée par le juge, qui n'est réputée vraie que parce qu'il faut bien que justice soit rendue, même dans le doute. On dira enfin que la preuve judiciaire, faussée par les réticences des parties et la fièvre du procès, diffère profondément de la preuve scientifique.

Et, pourtant, si les sciences se définissent comme "des corps de connaissances ayant un objet déterminé et reconnu et une méthode propre"<sup>31</sup>, le droit est incontestablement une science. S'il s'agit d'un "ensemble de connaissances caractérisées par un objet et une méthode déterminés et fondés sur des relations objectives vérifiables"<sup>32</sup>, la méthodologie juridique peut aussi prétendre à être une science puisqu'elle constitue un système organisé. Enfin, la distinction entre science et technique n'est-elle pas aussi inexacte ou artificielle que celle de la théorie et de la pratique ? Il n'y a pas de science qui puisse se développer sans technique, ni de bonne technique qui ne s'appuie sur une science. Ne peut-on considérer alors que la méthodologie juridique, véritable science du droit, se pratique grâce à de la technique juridique ?

Cela peut se vérifier à propos des divers objets de la méthodologie juridique (A) et des grandes perspectives dans lesquelles elle peut être abordée (B).

#### A - Divers objets de la méthodologie juridique

L'objet essentiel de la méthodologie juridique paraît être d'appliquer des solutions de droit à des situations de fait. Le législateur et la doctrine doivent traiter des situations générales en fournissant, par exemple, des solutions aux effets de l'érosion monétaire sur les contrats à exécution successive. Le juge et les praticiens doivent, en revanche, résoudre des situations particulières et appliquer telles règles à un litige ou à tel contrat déterminé entre telle et telle personne.

Il y a certes, des différences entre ces deux démarches. Le juge et le praticien doivent appliquer la loi. La jurisprudence a valeur de précédent et se prolonge souvent en règles générales. Mais l'activité des juristes consiste toujours à soumettre des situations concrètes à l'ordre juridique. C'est à cette fin qu'ils utilisent diverses méthodes juridiques pour rapprocher le droit et le fait (qualification des faits ou syllogisme judiciaire notamment) ou, au contraire, pour les dissocier (fictions, mécanisme de la cassation, par exemple).

Pour l'élaboration des textes, il faut d'abord des choix politiques et techniques que l'on définit en ayant recours à des sciences diverses comme l'histoire, la sociologie et l'anthropologie, l'analyse économique du droit, le droit comparé, l'informatique, la statistique... La transposition des choix opérés dans le système existant suppose également des méthodes de conceptualisation, l'utilisation de divers instruments et mécanismes de technique juridique, un effort d'insertion, des modes de formulation adéquats...

Pour l'application des règles de droit, il faut analyser et établir les faits, déterminer les règles applicables à la situation donnée, éventuellement les interpréter et, enfin, déduire la solution juridique du rapprochement de la règle à appliquer et de la situation de fait considérée.

<sup>30</sup> C. Perelman, "Logique juridique - Nouvelle rhétorique", Ed. Dalloz, Coll. Méthodes du Droit, 2<sup>e</sup> Ed., 1979.

<sup>31</sup> Petit Robert, V<sup>o</sup> Science, (III).

<sup>32</sup> Ibidem.

Pour rendre compte de ces divers modes de "juridification"<sup>33</sup>, on distingue parfois, d'une part, les méthodes de recherche "de lege ferenda" qui requièrent prudence pour garantir la justice et la sécurité nécessaires et compétence technique pour la confection des textes et, d'autre part, les méthodes "de lege lata" qui s'appuient sur des opérations logiques, au sens large<sup>34</sup>.

On oppose aussi, parmi les instruments et les techniques juridiques, la forme et le fond. On peut définir la forme comme "le plan suivant lequel on construit le contenu" et lui attribuer pour fonctions de désigner les organes compétents, de délimiter leur compétence et de fixer la procédure. Elle se limiterait alors à des règles d'organisation par opposition aux règles de conduite<sup>35</sup>. F. Génay distinguait les procédés techniques formels et les procédés strictement intellectuels<sup>36</sup>. D'autres auteurs considèrent tout le droit comme de la forme. Or, la distinction du fond et de la forme est pour le moins incertaine<sup>37</sup>. Dans toute construction juridique, la forme et le fond se complètent et finissent par se confondre du point de vue méthodologique.

Il convient dès lors, de définir autrement le contenu de la méthodologie juridique.

#### B - Méthodologie fondamentale et Méthodologie appliquée

On ne saurait contester que le droit exige plus de réflexion et de savoir-faire que de mémorisation. Une récente "supplique d'un praticien à des chercheurs" proclame que "la recherche en droit ne peut être que celle des mécanismes de l'art", qu'elle est "soeur siamoise de la pratique", que celle-ci a besoin de "tours" qui lui soient accessibles et qu'il ne faut pas oublier "la substance de la vie pour édifier des châteaux de concepts"<sup>38</sup>.

Science des méthodes, la méthodologie juridique doit étudier d'abord l'arsenal dont disposent les juristes de tous les temps et, dans une certaine mesure, de tous les horizons, pour traiter les problèmes de formation et d'application du droit, au-delà des traditions, des options, des institutions, des conjonctures, des conjonctions et des points d'équilibre propres à tel ou tel droit positif. Ce fonds commun d'institutions, de normes, d'instruments et de méthodes intéresse tous les juristes et toutes les activités juridiques. L'étude des concepts et des catégories juridiques, des méthodes de qualification, des sanctions, des pouvoirs, des mécanismes juridictionnels, des preuves, du formalisme, des principes généraux, des règles de droit, des méthodes de raisonnement et d'interprétation, du langage juridique... s'impose autant pour élaborer ou réformer le droit positif que pour l'appliquer dans un acte administratif, un contrat ou un jugement. Le législateur comme le juge, le chercheur comme le praticien, s'en servent quotidiennement, parfois par simple réflexe, mais souvent sans en percevoir toutes les ressources et sans en tirer tous les profits possibles. Dans un souci d'économie, d'efficacité, de rapidité et de sécurité, toute activité juridique implique de fixer clairement des objectifs, de déterminer les opérations qu'ils requièrent, ainsi que les matériaux et

<sup>33</sup> M. Taruffo, "Note sui modi della giuridicazione", *Politica del diritto* / a 18 n° 4, décembre 1987, p. 581 et s.

<sup>34</sup> H.-L. et J. Mazeaud et F. Chabas, "Leçons de droit civil", T. I, Vol. 1., 9<sup>e</sup> Ed., 1989, n° 20 et s.

<sup>35</sup> W. Burckhardt, op. cit., p. 107 et s.

<sup>36</sup> F. Génay, "Science et technique...", op. cit., T. IV, n° 302 ; comparer J. Dabin, "Théorie générale du droit", n° 264 qui inclut dans la forme du droit ce que F. Génay qualifie de procédés intellectuels, tels que les concepts.

<sup>37</sup> C. du Pasquier, op. cit. n° 190.

<sup>38</sup> R. Martin, "Impertinente supplique d'un praticien à des chercheurs", *J.C.P.* 1989,1, 3393.

instruments à utiliser, enfin, de procéder à ces opérations de manière ordonnée et rationnelle<sup>39</sup>. Les problèmes posés aux juristes étant innombrables et variables et les solutions juridiques étant changeantes et évolutives, selon les époques et les pays, ces méthodes permanentes sont indispensables et plus importantes que des collections de solutions ponctuelles et éphémères. Il y a donc d'abord *une méthodologie fondamentale* qui regroupe cet arsenal du droit qui est à la base de toute entreprise juridique.

En particulier, l'étude des concepts et des catégories juridiques, celle des raisonnements juridiques, celle des méthodes de coordination des règles juridiques, d'interprétation du droit ou de qualification juridique relèvent de la méthodologie fondamentale. Il en est de même de l'étude des instruments techniques de la science juridique, comme, par exemple, le formalisme, les fictions ou la publicité...

La mise en œuvre de ces moyens et de ces méthodes dans des activités différentes varie, en revanche, selon son objet. Il s'agit alors de *méthodologie appliquée*. Les cheminements sont différents selon qu'il s'agit de méthodologie de la recherche, de méthodologie de l'élaboration des règles de droit ou de méthodologie de l'application du droit. Ce sont les conditions, les modalités et les fins de l'utilisation de mêmes concepts, de mêmes mécanismes, de mêmes instruments et de mêmes méthodes qui varient selon ces diverses activités.

L'application de divers procédés d'interprétation de la loi, de la jurisprudence ou des contrats, la science de la législation, l'informatique juridique ou l'analyse du processus de la décision juridictionnelle relèvent de la méthodologie appliquée ou, si l'on veut, de la méthodologie de l'application du droit.

Il faut, cependant, se garder de toute classification étanche ou trop abstraite. L'étude du langage juridique peut se rattacher aussi bien à de la méthodologie fondamentale qu'à de la méthodologie appliquée, selon qu'on s'intéresse aux exigences linguistiques (terminologiques ou phraséologiques) du droit ou, plus concrètement, au discours législatif, au style judiciaire, à "la langue du palais"...

On ne peut pourtant ignorer que l'application du droit et la mise en pratique de ses mécanismes fondamentaux commandent des procédés différents des méthodes par lesquelles on détermine les éléments et la cohérence intrinsèque de tout système juridique. C'est dans l'infinie diversité et les exigences pratiques de la mise en œuvre du droit que résident les particularités de la méthodologie appliquée.

Il ne faut pas omettre enfin l'initiation des étudiants aux exercices qui leurs sont demandés au cours de leur formation juridique : analyses de textes, commentaires d'arrêts, cas pratiques, dissertations. Il s'agit ainsi de former leur esprit à la compréhension des textes juridiques, au traitement juridique des faits, à l'exposé d'un problème de droit. Bref, il s'agit d'un apprentissage des qualités nécessaires au juriste. Tout cela a valeur pédagogique. Les recettes pour accomplir ces exercices, des exemples de sujets avec des corrigés constituent une méthodologie appliquée à l'enseignement du droit.

<sup>39</sup> P. Delnoy, op. cit. p. 5 - 6.

## OBSERVATIONS

### RÉFLEXION SUR LES DÉFINITIONS DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

D=MD<sup>2</sup>

Sans prétention ni dérision, ce pastiche de la fameuse formule d'Einstein pourrait relever du défi ou de l'imposture, s'il n'évoquait pas aussi une théorie de la relativité.

Il symbolise seulement ici l'idée que le droit est le produit de la confrontation des forces qui dominent ses sources et son application, des divers points d'équilibre dont procèdent les règles de droit, des mécanismes qui animent le système juridique, du savoir-faire qu'implique sa mise en œuvre. Le droit positif n'est jamais que l'expression actuelle de la relativité des règles sociales qui conjuguent les valeurs fondamentales, les impératifs sociaux, économiques, politiques et humains et les exigences techniques de la cohérence et de l'efficacité.

Il n'y a probablement pas de règles immuables et universelles..., mais il y a des normes, des institutions, des concepts, des techniques, des finalités, des mécanismes qui, d'une manière ou d'une autre, se retrouvent dans tous les systèmes juridiques de tous les temps et sous tous les cieux et servent ou brident certaines aspirations fondamentales de l'humanité et des sociétés humaines.

Tenter de les repérer, de les identifier, de les concilier, de les articuler, c'est imaginer et produire du droit, puis l'appliquer et le faire respecter.

La méthodologie juridique n'est pas autre chose que l'étude du processus juridique et la recherche d'un savoir-faire en droit, en faisant abstraction de toute querelle d'écoles et de tout militantisme idéologique, pour privilégier une analyse objective et pragmatique.

*En ce sens, le droit est bien le produit de sa propre méthodologie.*

C'est à cette production et à cette mise en œuvre d'un droit toujours relatif dans le temps et dans l'espace, mais aussi cohérent et approprié que possible, que peut servir la méthodologie juridique, tant au plan théorique et fondamental que dans la perspective de la pratique quotidienne la plus banale.

Jean-Louis BERGEL