

Sociologie de la
connaissance juridique

O. Tholozan

MCF HDR

AMU

Bibliographie

- F. Audren et J-L. Halpérin, *La culture juridique française Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, CNRS éditions, 2013
- Th. Delpuch, L. Dumoulin, Cl. de Galember, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014
- I. Maclean, *Interprétation et signification à la Renaissance Le cas du droit*, Droz, 2016
- J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015
- M. Garcia Villegas, *Les pouvoirs du droit Analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, Droit et Société/Lextenso, 2015
- F. Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant/Penser le Droit, 2016
- A. Schiavone, *Ius L'Invention du droit en Occident*, Belin, 2008
- A. Schiavone, *Une histoire de l'égalité*, Fayard, 2020
- M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF/Quadrige, 2013

Ière partie) Les communautés interprétatives et le droit

Bibliographie générale :

Ouvrages

S. Fish, *Quand lire c'est faire L'autorité des communautés interprétatives*, Ed. Les prairies ordinaires, 2007

S. Fish, *Respecter le sens commun. Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, Ed. Story-Scientia/LGDJ, 1995

Articles

O. Tholozan, « Les communautés interprétatives et le droit », *Dacoromania litteraria*, 2016, n°3, p. 103-121 (sur le net)

O. Tholozan, « Les communautés interprétatives et la liberté constitutionnelle française d'entreprendre », *Revue de la Recherche Juridique 2016-5, Cahiers de méthodologie juridique* n° 30, p. 2003-2019

Le concept de communautés interprétatives juridiques permet d'envisager un système juridique comme une entité dynamique qui est le produit d'un **travail intentionnel collectif**. Il permet d'articuler une analyse de ce système à la fois comme :

-un ensemble de **contraintes** extérieures à ses destinataires

-mais aussi comme un réseau **d'obligations** dont la réalisation dépend de la signification conférée à ces dernières par les acteurs sociaux qui leur obéissent.

Le concept de Communautés interprétatives repose sur une épistémologie qui fait des **croyances** un élément déterminant de l'appréhension du réel. Mais tout le travail des Communautés interprétatives relève d'actions collectives visant à confronter ces **croyances** avec une **réalité extérieure** qui s'insinue tant dans le processus législatif qu'au cours du procès judiciaire. L'idée même d'**interprétation** se trouve au cœur de cette façon d'appréhender le droit.

Section1) Une épistémologie sceptique modérée

I) La croyance source de connaissance

Le concept de communautés interprétatives a été forgé par S. Fish, Professeur de littérature anglaise ayant enseigné le droit. Son but est de nourrir la méthode juridique des apports de la critique littéraire. Cet auteur est **anti-fondationaliste**. Selon lui, les « représentations des origines » sont inutiles pour produire des assertions, lancer des recherches ou « déterminer le vrai du faux ». De même, l'individu n'est pas « l'origine de ses présuppositions ». Tout au contraire la « disponibilité préalable » de ces dernières délimite la voie que suit la conscience de tout un chacun. Inspiré par le pragmatisme de R. Rorty, S. Fish affirme que nous pouvons travailler avec le vocabulaire dont nous disposons tout en guettant sans relâche les procédés par lesquels il pourrait être étendu et révisé. Toute réflexion part donc d'un langage naturel que nous offre notre culture.

A la suite de la philosophie pragmatiste américaine de Peirce et de James, il fait des croyances le tissu de fond de l'entendement. Selon Fish, la façon dont chacun agit et débat repose sur « la pleine confiance qu'assure la croyance ». Les croyances constituent des normes et valeurs qui habitent la conscience. Lorsqu'elles changent, les anciennes normes et valeurs sont soumises à l'analyse et la critique. De ce fait, les croyances sont « communautaires et conventionnelles ». Les catégories du raisonnement sont celles d'un acteur « à l'intérieur d'une institution ». Chacun est donc le « produit de schèmes de pensée sociaux et culturels ». Les institutions au sein desquelles nous vivons

servent « d'espace à l'intérieur » duquel nous appréhendons le réel. L'approche de Fish est donc **holiste**.

II) La dynamique des communautés interprétatives

S. Fish considère qu'une communauté interprétative n'est pas un groupe d'individus partageant un point de vue. Il s'agit d'une « **idée ou une manière d'organiser l'expérience partagée** par ses membres ». Sa notion récuse donc tout **psychologisme** fondée sur l'idée de conscience individuelle. Au sein de cette communauté « idéelle »¹, les cadres intellectuels sont mobilisés dans l'« entreprise communautaire » d'interprètes écrivant un texte ressemblant avec plus ou moins d'harmonie. Cette action collective recherche moins à obtenir une « identité de texte » qu'à accomplir un « acte interprétatif » de « nature communautaire ». La communauté écrit donc une histoire du réel que chacun n'admet pas forcément pour les mêmes raisons, ex : différentes communautés culturelles qui se retrouveraient dans les valeurs exprimées par une Déclaration de droits fondamentaux. S. Fish marque ainsi les limites d'existence d'une communauté interprétative. Sans prétendre à l'uniformité, elle doit se retrouver autour d'une identité plus ou moins ambiguë. La tension même qui anime cette identité détermine l'existence d'une communauté interprétative.

La communauté interprétative fonctionne comme « une dimension d'évaluation », « un paradigme », « une textualité », « une épistémè », un « habitus ». C'est-à-dire que les structures discursives mises en œuvre par la communauté ne sont pas des outils extérieurs à la réalité. Elles sont « des données constitutives de tout fait, vérité valeurs ». S. Fish adopte une conception **constructionniste** du réel. Il rejoint le philosophe autrichien L. Wittgenstein qui fondait l'affirmation de la certitude par une personne sur son « appartenance à une communauté dont la science et l'éducation assurent le lien »².

Selon S. Fish, les « contraintes intériorisées » de la communauté ne s'exercent pas « tyranniquement » sur elle. La communauté interprétative est « plus que sociologique ». Elle ne subit pas passivement un strict déterminisme social. En effet ces contraintes n'empêchent pas les membres de percevoir le changement

¹ Sur la notion d'idéal lire : M. Godelier, *L'idéal et le réel*, Fayard, 1984.

² L. Wittgenstein, *De la certitude*, n° 298.

de la réalité extérieure à la communauté. S. Fish indique que la pensée n'est pas une « structure statique ». Elle est constituée d'un ensemble de « croyances apparentées ». Chacune d'entre-elles peut exercer une pression sur l'autre dans un « mouvement qui peut conduire à une auto-transformation ».

La Communauté interprétative apparaît comme un « projet porteur ». Ses modes de fonctionnement sont à la fois contraints et en même temps les « moyens (permettant) d'aliéner ces mêmes contraintes ». La communauté se révèle comme un « **moteur de changement** » dont « les hypothèses » ne cherchent pas à « étouffer le monde mais à l'organiser ». Ces hypothèses permettent de voir les phénomènes comme s'ils étaient « déjà reliés aux intérêts et aux buts de la communauté telle qu'elle est ». La Communauté est formée « **des pratiques institutionnelles ... continuellement transformées par le travail qu'elles effectuent** ». C'est au sein de la continuité de cette pratique autoréflexive que s'inscrit son « identité ».

S. Fish décrit alors le fonctionnement de la machinerie communautaire permettant l'appréhension du réel empirique. Toute description se voit opposer une « description concurrente ». Cette confrontation est résolue grâce aux « normes et modèles et aux procédures compris par la communauté comme ... appropriés à la détermination d'un fait empirique ». Ce travail est continu car la Communauté cherche le « mieux ... en relation avec les faiblesses reconnues dans les circonstances actuelles ». S. Fish peut en déduire que le changement est un fait « irrémédiablement interprétatif ». Il rejoint l'épistémologie naturaliste de Quine. Ce dernier voyait dans l'intégralité de notre savoir et de nos croyances un « tissu tissé par l'homme, et dont le contact avec l'expérience » n'a lieu qu'en « bordure ». Dès lors la science totale est assimilée par Quine à un « champ de forces » dont les conditions limites seraient l'expérience. Les conflits avec l'expérience ne peuvent intervenir qu'à la périphérie du savoir. Mais alors des « réajustements » s'opèrent à l'intérieur du champ. Il s'ensuit la nécessité de « redistribuer les valeurs de vérité entre certains de nos énoncés »³.

Section 2) Les communautés interprétatives à l'épreuve du phénomène juridique

³ W. V. Quine « Deux dogmes de l'empirisme », in du même auteur, *Le mot et la chose*, Flammarion/Champ essais, 2010, pp. 76-77

I) Une communauté interprétative juridique

S. Fish qui a insisté sur la capacité des communautés interprétatives à affronter le changement nie leur caractère conservateur. Il affirme que leur rôle est « moins que normatif ». Il contourne habilement la difficile question de la localisation de **l'intention de la communauté interprétative**. Il estime en effet qu'elle se trouve « nulle part et partout ». Il conseille à chacun de « regarder et faire avec ce qu' (il trouve) » et lance le mot d'ordre : « soyons expérimentaux » ! Il rejoint l'inspiration de la philosophie pragmatiste de J. Dewey. La dynamique de la communauté interprétative repose sur une dialectique entre elle et ses membres. Le libre débat nourrit la capacité d'adaptation de la communauté.

S. Fish évoque trop rapidement « the enterprise of the law ». Ce terme **d'entreprise du droit** renvoie à la fois à une pratique, un **travail** et une **initiative commune** de la communauté interprétative dans le domaine du droit. Pour S. Fish, les juristes sont des « workers in the field of law ». Ils effectuent une tâche juridique (« legal enterprise »). Son expression fait écho avec l'idée ambivalente en France et en Angleterre de pratique du droit, *practice*. Pratique renvoie à l'application effective du discours juridique et à l'activité concrète de l'ensemble des professionnels du droit. S. Fish ne va pas plus loin dans sa description de l'entreprise collaborative de ces travailleurs du droit. Mais le cadre épistémologique qu'il laisse est suffisamment clair et large pour poursuivre l'élaboration d'un concept de communauté juridique interprétative.

A cette fin, on peut commencer par s'intéresser à quelques idées de H. L. Hart dans son ouvrage classique *Le Concept de droit*. Le juriste anglais remet en cause l'idée de son compatriote du XIX^{ème} s., J. Austin⁴. Les destinataires d'une règle sociale ou juridique ne lui obéissent pas mécaniquement, inconsciemment, par habitude. **Obéir** à une règle repose sur un assentiment, une **acceptation consciente, délibérée** de la part des acteurs sociaux. Ces derniers vont donc percevoir la signification de la règle avant de décider de s'y plier. Hart estime que ce comportement concerne non seulement les citoyens soumis aux règles mais aussi les autorités chargées de les appliquer, tels les juges. Le fondement

⁴ A ne pas confondre avec son compatriote, le philosophe du langage du XX^{ème} s., J. Langshaw Austin, auteur de l'ouvrage classique : *Quand dire, c'est faire (How to do things with words)*.

de la règle relève donc en grande partie d'un point de vue. Hart va considérer que deux points de vue sur la règle sont possibles :

-Il y a le **point de vue externe** au système juridique. Il s'agit du point de vue d'un observateur extérieur. Sans se conformer aux règles qu'il observe, il enregistre l'existence de ces dernières comme une pratique sociale. Il constate la régularité des comportements d'obéissance de la part des destinataires des règles. Cet observateur peut être un étranger au système juridique observé (un Anglais en France) ou un scientifique qui essaie d'adopter sur lui un point de vue neutre, objectif. Dans tous les cas aux yeux de l'observateur, c'est l'**efficacité** qui caractérise la règle juridique. La règle existe du moment qu'elle est **effectivement** appliquée.

- Le second point de vue sur la règle est un **point de vue interne**. Il s'agit du point de vue des acteurs qui se conforment au modèle de comportement établi par les règles du système de droit. Les citoyens soumis aux règles juridiques ou les autorités chargés de leur application, tel le juge, adoptent un tel point de vue. Les acteurs sociaux ne se contentent pas d'obéir à des règles effectivement appliquées. Ils n'obéissent qu'aux règles **valides**, c'est-à-dire **conformes à d'autres règles** plus fondamentales de l'ordre juridique (Hart évoque les règles secondaires de reconnaissance mais on peut tout aussi bien se référer à la hiérarchie des normes de Kelsen).

Dans la réalité les individus ne peuvent adopter un seul point de vue sur la règle. Ainsi, par exemple, un Anglais qui constate que les Français obéissent au Code civil n'explique pas ce comportement uniquement par le critère de l'effectivité. Il sait qu'en retournant en Angleterre, il sera soumis à des règles et leur obéira en adoptant le point de vue interne. Tout un chacun est soumis à l'expérience de l'obéissance à un système juridique et ne peut jamais prétendre être lui-même totalement extérieur. Aussi le point de vue que l'on peut porter sur la règle peut être tout au plus un point de vue **externe modéré**. L'Anglais de notre exemple peut parfaitement adopter le double point de vue sur la règle en transposant son expérience anglaise de l'obéissance à la règle aux destinataires français du Code civil. On voit donc que l'obéissance à la règle de droit est un phénomène sociologique que l'on ne peut analyser qu'en adoptant une démarche en grande partie **compréhensive** (au sens de la sociologie compréhensive de Max Weber). Il est nécessaire de comprendre la signification sociale ou juridique que les destinataires de règles leur confèrent pour comprendre pourquoi ils lui obéissent.

II) Le droit comme phénomène interprétatif

Le juriste américain R. Dworkin a proposé une théorie du droit comme interprétation⁵. Différents éléments qui la constituent permettent de poursuivre notre construction du concept de Communautés interprétatives juridiques. R. Dworkin estime que le droit est formé de **principes**, ou **standards** (modèle) constituant une « exigence de la justice ou de l'équité ou bien d'une autre dimension morale ». Ces principes n'ont pas un sens univoque mais sont sujet à **interprétation**. Le droit est le produit de l'interprétation des juges et donc un **fait interprétatif**. R. Dworkin a parfaitement conscience de l'importance de la fonction judiciaire. Selon lui elle ne peut être remplie que par un véritable « Hercule » chargé de dégager la morale politique d'une communauté. En effet le juge doit respecter **l'unité du droit par une pratique cohérente**. Il va devoir reconstruire l'histoire juridique pour mieux l'adapter aux conditions présentes du litige pendant.

R. Dworkin utilise le parallèle du roman construit par plusieurs auteurs pour expliquer le travail du juge. Il évoque dans les deux cas la nécessité de la **cohérence narrative**. Il dégage la méthode suivie par le juge pour atteindre cet objectif. Pour assurer « **l'intégrité du droit** », le juge doit mettre en jeu la **règle de convenance**. Elle le conduit à rassembler l'ensemble des principes et des solutions juridiques susceptibles de concerner le cas à trancher. Puis le juge observe la **règle de la valeur**. Elle consiste à sélectionner la solution finale en se référant à la morale politique ou à la vision de la justice de la communauté au sein duquel le juge tranche le litige.

Cette tâche est loin d'aller de soi car la conception qu'une communauté se fait de la justice est l'objet de débat. De fait ceux qui réclament devant les tribunaux n'ont pas la même conception du droit et de la justice. On mesure le rôle herculéen du juge. La théorie de l'interprétation proposée par Dworkin est fortement inspirée du système juridique américain dans lequel les avocats peuvent mobiliser le droit pour obtenir un changement politique fondamental, notamment devant le Cour suprême. Ils sont alors considérés comme des « cause lawyers »⁶. Malgré cette limite culturelle la théorie de Dworkin a le mérite

⁵ R. Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et Société*, 1985/1, p. 81-92.

⁶ L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009.

d'insister sur la logique dialectique du droit mise en œuvre au cours du procès judiciaire⁷. Surtout en faisant du droit un phénomène interprétatif, il insère le travail du juriste au sein de sa communauté culturelle.

Toutefois si le droit est envisagé comme le produit de l'interprétation d'une communauté, faut-il en conclure que chaque communauté juridique forme un système clos et reste étanche à toute pénétration du droit étranger ? L'existence même du droit international privé conduit au moins à s'interroger. Il s'agit du droit qui règle des relations juridiques où l'un des éléments est marqué par un caractère d'extranéité. Ainsi soit les parties à la relation, soit les objets mis en cause ou la situation où se déroule l'action impliquant le lien de droit pourraient relever d'un droit étranger à celui du juge du for (juges saisi du litige). Dans ce cas le juge du for doit au moins se demander s'il appliquera son droit national ou la loi étrangère. La solution adoptée dépendra d'une tendance du droit du for à un nationalisme jaloux de l'emprise de ses règles ou au contraire d'une ouverture aux autres systèmes juridiques consécutive à un mouvement d'internationalisation des relations.

III) Coopération entre communautés interprétatives juridiques : le cas de l'application de la loi étrangère par le juge du for

Dès 1956 dans *Aspects philosophiques du droit international privé*, H. Battifol faisait remarquer que dans le monde de l'après-guerre, l'« articulation mutuelle » des systèmes juridiques passait par une « coopération » impliquant une « adaptation » réciproque. Il estimait que le nationalisme des systèmes de conflit de lois en droit international privé avait cessé d'être de tendance nationaliste. Tout son ouvrage visait à montrer que cette évolution caractérisait le droit international privé français.

Battifol abordait de plein front ce thème en évoquant le problème de la nature de la loi étrangère appliquée par le juge du for. Selon lui on ne pouvait nier tout caractère juridique à cette source du droit. En réalité, il s'agissait d'une « question de point de vue ... et plus précisément de relativité ». La loi étrangère est un « fait » pour le juge du for. En revanche, elle est du « droit » pour le juge de l'Etat qui l'a édictée. Toutefois aucun de ces juges ne doutait qu'il s'agissait

⁷ Ch. Perelman, *Logique juridique*, reprint 2^{ème} éd, Dalloz, 1999.

de droit sur le territoire de l'Etat qui l'avait édictée. La loi étrangère ne relevait donc du fait qu'au regard de l'ordre juridique du juge du for. Pour autant ce dernier ne pouvait faire abstraction d'une « réalité » : l'application d'un « ordre juridique étranger » sur le territoire du juge du for.

La question devait prendre une acuité plus prononcée lorsqu'on s'est interrogé sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation relatif à l'application de la loi étrangère par les juges du fond. En effet l'idéologie du droit français fait de cette haute juridiction un juge de l'application du droit, de la qualification juridique des faits et non pas de l'évaluation de purs faits. Dans le cadre de son pouvoir de contrôle des visas et motifs des décisions des juges du fond, elle estime pouvoir censurer la décision qui n'aurait pas indiqué la disposition étrangère sur laquelle elle se fonde. De même, elle casserait la décision de fond qui ne justifierait pas suffisamment le sens qu'elle attribue à la loi étrangère. Depuis sa décision classique *Montefiore* de 1961, la Cour de cassation estime enfin pouvoir censurer le juge du fond qui méconnaît le sens « clair et précis » d'un texte étranger.

Cette limitation du pouvoir des juges de cassation implique-t-il de conclure, en suivant Battifol, que la loi étrangère ne serait qu'un pur fait au regard du juge français ? En 1993, la Cour de cassation a jugé le contraire⁸. Elle a conclu que malgré l'absence de contrôle de cassation, la loi étrangère et une règle de droit qui ne relève en rien de l'article 7 du Code procédure civile relatif à l'utilisation des faits par le juge. Cette autolimitation que s'impose la Cour de cassation relève de la nécessité. En effet, la haute juridiction ne pourrait logiquement imposer aux juges du fond une interprétation de la loi étrangère qui pourrait être démentie par les juges de l'Etat l'ayant adoptée. Aussi dans les limites de l'ordre public international français, les juges français du fond détermine pour l'essentiel la signification de la loi étrangère en se conformant aux décisions de l'organe suprême d'une communauté juridique étrangère. La solution ne pose problème que dans les cas de systèmes juridiques dont la culture serait trop différente. On est renvoyé au problème plus général de l'occidentalisation du droit dans le monde et de la résistance des systèmes juridiques d'inspiration culturelles opposés. En filigrane, on retrouve l'antique débat sur l'universalité ou la relativité du droit dans le monde.

⁸ 1^{ère} Ch. Civ., 13/01/ 1993, 91-14-415 *Bull.*, 1993 I n°14, p. 10.

IIème partie : Rationalisation du droit et logique collaborative

Bibliographie générale :

Ouvrages

M. Coutu, *Max Weber et les rationalisations du droit*, LGDJ/Droit et société, 1995

L. Fuller, *La moralité du Droit*, (trad. Fr. de J Van Meerbeeck), Presses de l'Université de Saint Louis, 2017

F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications de Facultés universitaires de Saint Louis, 2002

M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (dir. de), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant/LGDJ, 2005

M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF/Quadrige, 2013

Articles

J. Van Meerbeeck, « Lon Fuller, le jusnaturalisme procédural », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/1, vol. 80, pp. 143-145

O. Tholozan, « Formalisme et naturalisme dans le jusnaturalisme procédural de Lon Fuller », *Revue de la Recherche Juridique 2019/5, Cahiers de méthodologie juridique n°33*, p. 1889-1902

Parmi les justifications des systèmes juridiques invoquées dans l'histoire, la plus récente à s'imposer dans les sociétés modernes est certainement l'idée de rationalité. Mais le propre de la notion est d'être polysémique et, pour être plus exact, on devrait parler plutôt des rationalités. La rationalité est une justification qui vise à soumettre à l'épreuve de ses critères les croyances d'une communauté. Elle sert de repère d'orientation à la critique épistémique. Comme toute autre croyance, sa valeur de vérité repose sur sa capacité à permettre le travail d'une communauté interprétative. La logique qui sous-tend la rationalité d'une communauté est celle de la coopération.

Section 1) Weber et la rationalisation du droit

I) Une sociologie juridique compréhensive

Max Weber (1864-1922) est l'un des grands fondateurs de la sociologie scientifique. Libéral, il considérait que l'action sociale relève d'abord des individus ou acteurs sociaux. Or pour analyser une action, il faut cerner les intentions et les motivations de l'acteur qui la réalise ; on ne peut se contenter d'une explication en termes de socialisation par le groupe (la contrainte du groupe sur l'un de ses membres agissant). Aussi Weber s'intéresse-t-il au sens donné par les acteurs sociaux à leur action, à leur interprétation, compréhension de l'action qu'ils effectuent.

Weber porte donc son attention sur la signification sociale du développement du droit dans sa *Sociologie du droit* rédigée entre 1911 et 1913. Il estime que le développement historique du droit obéit à un processus de rationalisation. L'irrationalité des règles juridiques des sociétés du passé laisse la place au droit moderne d'un Etat en voie de rationalisation bureaucratique.

Pour Weber, cette rationalité juridique moderne peut prendre deux formes. On peut s'attacher au contenu matériel du droit, soit à sa forme :

-La **rationalité matérielle** du droit caractérise des règles juridiques dont l'élaboration est conditionnée par les réalités économiques et sociales. Weber pense au droit du travail largement formé pour satisfaire les intérêts de la classe ouvrière.

-La **rationalité formelle** caractérise les systèmes juridiques fondés sur des procédures judiciaires, voire des règles législatives de plus en plus systématisées. Ces systèmes peuvent tendre vers la cohérence logique et le raisonnement déductif, comme le Code civil de Napoléon Ier en 1804.

II) Rationalisation et raisonnement juridique

Pour Weber, un droit peut être rationnel de différentes manières. Il l'est par la recherche des juristes d'une **généralisation** déclinée sous différents modes.

A) Du cas à la généralisation de la règle

La recherche de généralisation en droit commence dans la réduction par le juriste des motifs d'une décision particulière en un ou plusieurs principes. Ainsi sont dégagées des **prescriptions juridiques (Rechtsätze**, mot allemand formé de RECHT : droit et de SATZ : proposition grammaticale). Cette réduction en propositions linguistiques juridiques de valeur plus générale se fonde sur une analyse des faits jusqu'aux deniers éléments jugés pertinents aux yeux du droit. Inversement Weber fait remarquer que le développement des règles juridiques à portée générale détermine les caractères pertinents aux yeux du juriste pour évaluer, délimiter les faits qui constituent les cas juridiques.

Cette dialectique entre les faits et les mots des prescriptions juridiques anime une **casuistique**. Le raisonnement analogique plus adapté à l'analyse des situations concrètes permet l'élaboration de casuistiques amples. Ces dernières visent à s'adapter aux nouveaux faits et donc au changement. Toutefois, le raisonnement est moins soucieux de soumettre les règles générales à la logique abstraite. Weber doit donc reconnaître que toute casuistique ne conduit pas

forcément à l'établissement de prescriptions juridiques d'une grande cohérence logique.

B) Rationalisation juridique par la logique abstraite

Weber fait remarquer que l'élaboration de prescriptions juridiques générales par une analyse de cas particuliers va de pair avec la construction de **rapports de droit** synthétiques. Les juristes constatent dans l'activité d'une communauté des pratiques concordantes. Celles-ci se déroulent de façon typique en respectant un schéma, un modèle. Ce dernier devient juridiquement important. En élaborant ce schéma, les juristes décomposent cette activité en ordonnant logiquement ses éléments importants pour en faire un rapport de droit ex : la propriété, le contrat etc.... Cette conceptualisation n'est pas forcément fondée sur une analyse très développée des cas particuliers relevant de la solution juridique envisagée. En effet une analyse trop poussée des faits peut s'avérer incompatible avec l'idéal de systématisation.

La **systematisation** est une mise en relation des prescriptions juridiques générales en un système logique et donc non contradictoire. Le système de droit prétend alors que tous les faits imaginables peuvent être subsumés par une de ses règles, assurant ainsi la sécurité juridique. La systématisation moderne, amorcée depuis le Droit romain, impose un schéma extérieur en vue d'ordonner les données juridiques. Elle s'appuie sur une « interprétation logiquement signifiante » des prescriptions et comportements juridiques importants.

III) Formalisme juridique et logique

A) Economie de marché et raisonnement juridique

Max Weber a eu l'occasion d'explicitier les relations entre le formalisme juridique et la logique en étudiant les rapports entre le système économique et le système juridique. Il estime que ces systèmes sont séparés car le premier fait reposer son ordre sur « l'évènement réel » et l'autre sur la norme idéalement

applicable. Pour Weber les deux ordres se rencontrent si l'on envisage l'ordre juridique en son sens sociologique, c'est-à-dire son application réelle.

Pour Weber l'extension universelle de l'économie de marché implique que le droit soit appliqué d'une manière prévisible. Il utilise le terme allemand fort de KALKULIERBAR : « susceptible d'être calculé ». Pour les intéressés au marché, la rationalisation et la systématisation du droit signifient en général la prévisibilité croissante du fonctionnement des juridictions. Cette condition est des plus importantes pour l'existence d'entreprises économiques devant fonctionner de manière permanente. Les entreprises capitalistes ont besoin de « sécurité juridique du commerce ».

B) Intérêt du marché et logique formelle

Weber admet que l'intérêt de la Bourgeoisie à un droit « prévisible » ne joue pas un très grand rôle dans la mise en forme logique du droit. Celle-ci est le fruit de la réflexion de juristes formés à l'Université. En réalité les intérêts bourgeois sont mieux assurés par un droit formel, empirique et lié à des antécédents comme le droit de Common law ou la lex mercatoria. Weber ira même jusqu'à soutenir que les conséquences des constructions logiques sont souvent irrationnelles et hétéroclites par rapport aux attentes des intérêts commerciaux. Weber voit là l'origine du reproche fait au droit purement logique de ne pas « correspondre aux besoins de la vie courante ».

Weber distingue ainsi le formalisme juridique issu des procédures judiciaires et la logique du système qui prétendrait les ordonner. Il va même plus loin, estimant que les intérêts du commerce peuvent aller jusqu'à faire refluer le formalisme juridique lui-même. Il fait justement remarquer que le système de la libre évaluation de la preuve a fait des progrès sous l'influence de facteurs économiques.

Section 2) L'interprétation juridique collaborative

I) Le droit comme entreprise intentionnelle

Dans sa *Théorie pure du droit*, Kelsen avait soutenu que la norme juridique était un « cadre ouvert à plusieurs possibilités » et que la « sécurité juridique » n'était donc qu'« une illusion ». C'est contre la radicalité d'un tel scepticisme que le théoricien du droit américain Lon Fuller (1902-1978) s'est élevé. Pour Fuller le droit est avant tout un « art pratique ». Il consiste en l'élaboration et l'application de règles générales pour gouverner le comportement humain. Or pour être efficace tout en demeurant ce qu'il prétend être, un système juridique doit obéir à une « moralité interne ». Elle ne relève pas du fond des règles mais de la façon dont les règles sont créées et appliquées. Pour Fuller un système juridique doit être constitué de règles claires, cohérentes entre elles, connues de ses destinataires et jamais rétroactives. Ces règles constantes au cours du temps ne doivent pas requérir l'impossible de la part de ses destinataires. Les autorités chargées de leur application, tels les tribunaux ou la police, doivent scrupuleusement les observer. Ces finalités déterminent l'art de la fabrication du droit. Ce dernier est envisagé de façon dynamique comme une « entreprise intentionnelle ». Le mot intentionnel ici vise des buts. Si le droit obéit à des finalités, le législateur et les autorités d'application des règles doivent s'y plier.

II) L'interprétation juridique fruit de la coopération du législateur et du juge

Si le droit est une entreprise intentionnelle, l'interprétation du droit devient une opération fondamentale. Elle effectue la réalisation des objectifs communs au législateur et aux autorités d'application des règles. Fuller souligne que la logique formelle reposant sur le principe d'identité, A ne peut être non A, est impuissant en la matière. En droit, les lois peuvent s'opposer sans entraîner la disparition de l'une ou l'autre. Simplement dans certaines circonstances l'application d'une loi devient « **inopportune** » car elle ne s'articule pas avec les autres lois. L'appréciation dépend d'une série de « considérations extrinsèques aux termes de la loi » dont celles issues du « cadre institutionnel » du problème posé. Ex : l'interdiction de travailler le Dimanche ne saurait concerner les pompiers ou les hôpitaux. Dans le cas contraire, on contreviendrait

aux lois établissant la mission de ces institutions. On permettrait également la perpétration de l'infraction de non-assistance à personne en danger.

Interpréter la loi nécessite aussi d'adopter une conception de l'intention du texte juridique. Pour Fuller l'intention d'un texte législatif ne vise pas « des choses particulières ...des situations de fait spécifiques ». Elle vise des « idées générales », des « situations » en général. L'intention du législateur n'est pas un phénomène de « psychologie individuelle » mais un « acte collectif ». Fuller préfère parler d'« intention de la loi » plutôt que d'« intention du législateur ». L'interprétation devient un **acte d'intelligence collective**.

Cette dimension transparait très clairement lorsque Fuller indique que le législateur doit anticiper des « modes d'interprétation rationnels et relativement stables » de son texte en préparation. En effet il ne saurait imposer aux destinataires des règles des « tâches dépourvues de sens ». L'intelligence collective inspire également les règles d'interprétation que prône Fuller :

- 1-L'interprète prendra connaissance du droit antérieur à la loi à appliquer.
- 2-L'interprète se demandera quel était le problème ou défaut sans solution dans ce droit antérieur.
- 3-L'interprète s'efforcera de déterminer la solution choisie par le législateur.
- 4-L'interprète devra dégager le « vrai motif » de la solution.
- 5-L'interprète devra établir comment « ceux qui doivent s'orienter à l'aide des termes de la loi peuvent raisonnablement en comprendre l'intention ». En effet la loi ne doit pas devenir un « piège » pour ceux qui ne peuvent en connaître les motifs aussi bien qu'un juge.

Fuller préconise une conception collaborative de l'interprétation. Il l'illustre en utilisant l'exemple d'un inventeur trop tôt disparu qui meurt avant d'achever son invention. Dans son testament, il demande à son fils de terminer son œuvre en respectant son intention. Selon Fuller l'interprète de la loi est confronté à un problème analogue. Il doit se demander quel est le vrai motif de la solution adopté par la loi. Il doit aussi déterminer si la solution prescrite est de nature à remédier à l'affaire pendante, manifestation particulière du problème général visé. Avec bon sens, Fuller rappelle que l'entreprise visant à soumettre le comportement humain à des règles générales ne saurait « concentrer » en un seul endroit « l'intelligence, la connaissance ou la bonne volonté ». Fuller adopte une

conception du droit inspiré à la fois par le jusnaturalisme de Saint Thomas d'Aquin et la sociologie interactionniste de son époque. Sa conception dynamique du droit incite à réinterroger la forme de l'ordre juridique.

Section 3) De la pyramide à la Trame : souplesse structurale de l'ordre juridique

I) L'enrichissement du critère de validité des normes juridiques

Dans leur ouvrage, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, deux théoriciens du droit belges, F. Ost et M. Van de Kerchove, ont enrichi la théorie de la validité des normes juridiques (normes : signification d'un acte de volonté). Ils insistent sur la pluralité des sources et autorités juridiques, la gradualité de la force obligatoire et de la sanction des normes. Ils ajoutent enfin l'idée de récursivité normative. Ils veulent par-là rendre compte des effets de retour des modalités de réception de la règle sur sa reformulation ainsi qu'à l'inverse l'influence des prétentions des autorités juridiques sur les attitudes des sujets de droit.

F. Ost et M. Van de Kerchove revisitent aussi la notion de validité des normes en dégagant 3 critères de validité :

- 1- La légalité ou conformité formelle de la norme à un ordre juridique
- 2- L'effectivité de la norme ou conformité aux attitudes, comportements, représentations des acteurs juridiques
- 3- La légitimité de la norme ou conformité à des valeurs, à l'Éthique.

Ceux qui séparent droit et morale peuvent discuter de l'existence d'un mécanisme propre de contrôle de la légitimité de la norme juridique. Mais on ne peut contester l'interaction de ces trois critères de validité, ex : bonne mœurs (art. 6 du Code civil), devoir de conscience (art. 1100 du Code civil), l'équité (art. 565 du Code civil), l'utilité publique en droit de l'expropriation.

Ce renouvellement des critères de la validité normative conduit ses initiateurs à remettre en cause le schéma pyramidal de l'ordre juridique. D'autant qu'il souligne que le champ juridique est le domaine par excellence de la **transtextualité** (G. Genette), un domaine où les textes se lisent l'un par rapport à l'autre et réciproquement. La transtextualité renvoie à tout ce qui met un texte en relation manifeste ou secrète avec d'autres textes. On pourrait parler de chaîne de textes.

La transtextualité juridique conduit F. Ost et M. Van de Kerchove à adopter une conception de l'interprétation animée par l'idée d'ouverture (L'interprétation ouverte d'U. Eco) impliquant une large participation du lecteur. Les limites de cette interprétation se situent dans l'« *intentio operis* » (U. Eco), c'est-à-dire dans la « cohérence du texte » déterminée par le « patrimoine social » du langage commun à l'auteur et au lecteur. F. Ost et M. Van de Kerchove rapprochent contraintes discursives et contraintes juridiques. M. Troper propose une théorie plus ample de ces dernières. Il ajoute aux contraintes discursives spécifiques au langage juridique, les rapports entre autorités publiques constituées (séparation des pouvoirs), la hiérarchie des tribunaux et le fait que les tribunaux ne peuvent pas s'autosaisir la plupart du temps.

La conception des deux théoriciens belges du droit se caractérise par une **perspective hyper herméneutique**. Elle les conduit à récuser la hiérarchie pyramidale des normes.

II) L'ordre juridique comme Trame

Différents arguments peuvent être invoqués pour rejeter la structure pyramidale de l'ordre juridique. On peut faire valoir que :

1-Coutume, jurisprudence ou principes généraux du droit procèdent d'un mode de formulation originaire. Ils découlent de comportements conscients répétés de destinataires de règles. Ils s'inscrivent donc difficilement dans un modèle pyramidal hiérarchique de l'ordre juridique.

2-La force normative est un phénomène relatif. Cette normativité relative transparaît notamment dans le droit mou, souple dont le caractère obligatoire ou sanctionné est variable. Ainsi en droit français, sans être sanctionnées, certaines

règles de déontologie, les codes de conduite, les recommandations d'autorités économiques indépendantes peuvent être invoquées pour prouver la faute en matière civile.

3-Il existe des normativités alternatives. Le droit européen offre des exemples évidents. On peut évoquer la théorie des pouvoirs implicites permettant l'extension des compétences de l'autorité communautaire. On peut évoquer aussi le principe de subsidiarité. L'article 5 par. 3 du Traité de Lisbonne prévoit : En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les Etats membres tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée au niveau de l'Union.

4-F. Ost et M. Van de Kerchove invoquent la pluralité des légitimités constitutionnelles. Ils font remarquer que la notion d'unité de la constitution est remise en cause par la concurrence des légitimités constituantes : Peuple-Parlement-Juge⁹.

5-L'existence de normativités juridiques privées remet en cause l'idée de pyramide des normes étatiques. On peut citer comme exemple des normes édictées par des associations privées dans le sport international, en droit aérien (conventions de l'OACI). Mais on peut aussi voir émerger un pouvoir privé de normalisation aux mains d'experts (normes ISO, normes alimentaires¹⁰). Des agences privées peuvent opérer un classement ou benchmarking (en matière de performances du système éducatif ou universitaire), elles peuvent octroyer un label (agence de notations de la solvabilité des Etats)¹¹.

6-La contractualisation du pouvoir de réglementer rend inopérante l'idée de verticalité en matière de création du droit. Il s'agit alors de gouvernance, ex : la politique de la ville où les destinataires de normes peuvent négocier avec l'autorité politique.

F. Ost et M. Van de Kerchove propose de penser l'ordre juridique sous la forme du **réseau**. La philosophe M. Serres a identifié les propriétés d'un système de

⁹ Sur ce point lire : D. Rousseau, *Radicaliser la Démocratie Propositions pour une refondation*, Seuil, 2017.

¹⁰ J-Y Chérot, « Transparence, Gouvernance et normes privées globales : le cas des normes agroalimentaires », D. Custos (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance*, Bruylant, 2014, p. 103-131

¹¹ B Frydman et A. Van Waeyenberge (dir. de), *Gouverner par les standards et les indicateurs De Hume au rankings*, Bruylant/Penser le droit, 2014.

représentation du réel articulé selon un diagramme en réseau. Il en énumère plusieurs :

1-Il n'existe pas un seul chemin pour aller d'un élément du diagramme à un autre, mais une pluralité et une complexité de médiation.

2-On peut différencier la force de connexion entre les éléments. L'un d'eux peut être le sommet d'une relation pluri-déterminée.

3-Il n'y a pas d'équivalence des différents éléments mis en relation. Leur situation est évolutive au gré des relations entretenues avec les autres éléments.

4-Un ensemble d'éléments peut former un sous ensemble de relations locales pouvant coexister.

5-Le diagramme en réseau figure une situation évolutive. Le modèle permet de graduer la détermination entre les éléments. On va du probable à la nécessité univoque.

6-Il faut remplacer l'idée de la seule causalité par celle de rétroaction¹².

Mais le juriste peut faire observer que la rétroaction impliquée par le schéma de réseau est une propriété uniquement compatible avec un système juridique qui admet le conflit de normes. Or le propre d'un ordre juridique est d'éviter ces derniers afin de se rapprocher d'un idéal de sécurité juridique. Pour éviter la contradiction, on peut proposer une forme particulière du réseau utilisée en architecture. Il s'agit de la **trame**. Elle est le maillage, le quadrillage d'un plan d'architecture ou d'urbanisme. La trame comme forme structurale d'un ordre juridique implique l'idée de **projet**, de **cohérence collective** de l'action. On a vu que la réalisation de cette convergence implique l'existence des **communautés interprétatives collaboratives juridiques**. La rationalité de leur action est la mise en œuvre d'une **intelligence collective**. Celle-ci se manifeste dans la trame de l'ordre juridique qu'elles produisent.

¹² M. Serres, « Le réseau de communication Pénélope », in du même, *Hermès I La communication*, Ed. de Minuit, 1968, p. 11-20.