

Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice. Jurisprudence. revue critique, Université de Savoie, 2012, p.89-100. halshs-00857530

HAL Id: halshs-00857530

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00857530>

Submitted on 3 Sep 2013

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.

Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice

Paru dans *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p.89-100

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

1. La justice saisie par la méthodologie – La méthodologie juridique est rarement associée à l'idée de justice. Du moins, lorsque la méthodologie en traite, elle comprend la justice dans le sens d'une institution, c'est-à-dire comme l'ensemble de l'appareil juridictionnel¹. Aussi, la méthodologie ne paraît pas avoir son mot à dire sur la justice en tant que valeur, questionnement qui semble être la chasse gardée des philosophes ou des juristes se réclamant d'un certain jusnaturalisme. Pourtant, c'est contre cette idée reçue que la présente étude voudrait se développer. En dépit des apparences, le traitement dit « positiviste » du droit n'a nullement évincé chez les juristes l'objectif de justice. En réalité, la présente étude voudrait montrer que le problème de la justice s'est déplacé à l'intérieur du droit lui-même et de son analyse dogmatique. Bref, alors que le droit naturel aurait plutôt tendance à prêcher une valeur de justice antérieure d'un point de vue logique au droit (que cette valeur soit transcendante ou immanente), la position méthodologique consiste à privilégier un traitement juste des données, c'est-à-dire selon un certain point de vue identifié comme « juste ». Le but de l'étude est d'éprouver cette idée qui s'exprime dans le fait de traiter de façon identique les cas semblables. Autrement dit, il y a un point rarement mis en lumière : il faut une règle pour appliquer les règles ! En ce sens, la règle de justice a pour fonction de dire comment mettre en œuvre d'autres règles².

¹ Par ex. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, p.335 et s.

² De façon plus technique, on pourrait parler de « méta-norme » c'est-à-dire une norme qui a pour rôle de régler l'application d'autres normes qu'elle prend pour objets. Elle vient « après » d'autres normes, ce qu'exprime le terme grec « méta ». Plus simplement, la méta-norme pourrait être présentée comme un critère d'application des normes. Pour un développement de l'idée de méta-norme comme critère de sélection des théories morales: R. Ogien, *Le rasoir de Kant et autres essais de philosophie pratique*, L'Eclat, coll. Tiré à part, 2003, p. 75 et s.

Cette règle de justice (« traiter les cas semblables de façon identique ») doit permettre de dissiper certaines équivoques. Traiter de façon juste ne signifie pas que les règles de droit soient rendues justes grâce à la méthodologie. Appliquer de façon juste et équitable le droit nazi ne le rend ni meilleur ni plus acceptable. Par hypothèse, la question de savoir si un ordre juridique est juste échappe au domaine de la méthodologie juridique. Il s'agit seulement de considérer une façon spécifique de traiter des objets déjà définis comme les règles légales ou jurisprudentielles. Autrement dit, la méthodologie juridique se présente comme la façon de prolonger un ordre déjà admis comme juste et non de le créer. Il est (malheureusement) tout à fait concevable d'appliquer de façon juste des règles qui ne le sont pas de la même façon que le médecin peut utiliser ses connaissances pour torturer ou tuer au lieu de guérir. On le voit, le mauvais usage des connaissances ne les disqualifie pas -- au contraire, l'efficacité de l'action repose sur elles. Toutefois, la finalité recherchée peut être perçue comme bonne ou mauvaise. A cet égard, la méthodologie n'est pas une philosophie du droit qui évalue la légitimité du contenu des règles ou fournit un critère pour savoir quelles règles sont juridiques et quelles règles ne le sont pas. En tout état de cause, le juriste ne possède pas le monopole de la question du juste. Si celle-ci relève bien de la philosophie, elle est une interrogation universelle qui peut-être (re)posée par chacun, indépendamment de son champ disciplinaire.

2. La justice du juriste et ses symboles – Par l'expression « la justice du juriste » on entend la façon dont celui-ci peut comprendre ce qui est juste sans se placer sous l'étendard de la philosophie, la politique, l'économie ou la sociologie. Il s'agit d'une façon propre au juriste d'aborder les problèmes en respectant une certaine exigence de justice. Les contours de cette exigence s'expriment dans la règle de justice telle qu'elle a été énoncée (« traiter les cas semblables de façon identique »). Ce point de vue est ordinairement délaissé alors qu'il s'infère de la pratique contemporaine et historique du droit. Pour le comprendre, il suffit de revenir aux symboles même du droit : la balance, le glaive et la règle³.

Le glaive est le bras armé de la justice car sans la force le droit n'aurait aucune effectivité. Cet aspect est alors seulement secondaire au regard du problème que nous nous proposons d'examiner. En revanche, le glaive peut être compris comme « ce qui tranche » donc ce qui délimite les cas qui sont semblables de ceux qui ne le sont pas. De façon bien plus évidente, l'image de la balance est évocatrice car elle renvoie à la pesée, des choses (c'est l'aspect économique), puis des actes (c'est l'aspect juridique). Il ne doit pas y avoir, « deux poids, deux mesures » mais une

³ J.-L. Souriou, *Introduction au droit*, PUF, Droit fondamental, 1987, p.21-24.

même façon de traiter les objets semblables⁴. A ce titre, la règle est un corollaire abstrait du symbole de la balance car elle se comprend étymologiquement comme l'instrument qui permet de tracer les lignes droites. *Regula* et *norma* sont les équerres établir des angles droits et les règles, au sens propre pour tracer des lignes droites. Ces sens premiers ont ensuite gagné en abstraction⁵ pour former la signification actuelle du mot « règle ».

Ces symboles montrent que les fonctions du droit sont stables : dire ce qui est droit (juste), trancher les litiges au moyen d'instruments de mesure. Or ces instruments de mesure ont désormais une nature intellectuelle comme en témoignent les concepts de normes ou de règles. Un concept méthodologique de justice se propose ainsi de savoir comment user de façon correcte de ces instruments. Pour filer la métaphore architecturale, on pourrait se demander quelle est utilité pour le maçon de disposer d'un niveau s'il ne sait pas l'utiliser de façon correcte? C'est précisément à cet égard qu'intervient l'aspect méthodologique de la justice : non pas pour créer une nouvelle balance mais pour que celle-ci se maintienne en équilibre⁶. Pour remplir cet office, il faut un concept qui exprime comment y parvenir : telle est la règle de justice.

3. Un concept méthodologique – La méthodologie juridique peut s'entendre comme une étude des voies et moyens pour parvenir aux résultats souhaités « *de la façon la plus économique et la plus efficace* »⁷. Elle est aussi « *l'étude du savoir faire des juristes* »⁸. Ainsi, envisager un concept méthodologique de justice c'est non seulement se demander ce qu'il est mais encore comment le mettre en œuvre. Pour les besoins de l'analyse, on présupposera de façon très classique qu'il faut mettre en œuvre des règles dont la plupart sont issues d'organes reconnus (législateur, juge...).

Néanmoins, cette façon d'envisager le concept de justice ne va pas de soi. Au contraire, celui-ci a des origines philosophiques très marquées car les réflexions de PLATON ou d'ARISTOTE ont laissé une empreinte durable à laquelle il est difficile

⁴ H. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaire de Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, § 159, p.177.

⁵ P. Amselek, « Norme et loi », *APD* 1980, p.92.

⁶ F. Nietzsche, *Fragments posthumes. Automne 1885-Automne 1887. XII*, Gallimard, textes établis par G. Colli et M. Molinari, trad. J. Bercier, 1979, frag. 5 [82] : « Il ne faut pas approuver –car cela induit en erreur- l'usage de représenter la justice avec une balance à la main : le symbole correct consisterait à placer la justice debout sur une balance, de telle sorte qu'elle maintienne les deux plateaux en équilibre ».

⁷ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, précité, p.20.

⁸ J.-L. Bergel, « Méthodologie juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, (Dir. D. Alland et S. Rials), Lamy-PUF, Quadrige-Dicos poche, 2003, p.1021.

d'échapper. Cette origine philosophique du concept semble forcément enfermer celui-ci dans l'idée de valeur, idée qui possède en outre une connotation morale ou éthique⁹. Le premier problème consiste donc essentiellement en une clarification : comment l'idée de justice peut-elle passer d'un statut philosophique à un statut technique ou opérationnel ? Les deux idées ne s'excluent pas mutuellement car la réalisation de la valeur de justice implique de dégager une règle de justice. C'est ce dédoublement du concept qui va constituer de prime abord l'objet de notre attention. Pour cela, il va falloir comprendre ou démêler les sens traditionnellement attribués au concept de justice, à savoir l'égalité et l'équité. Cette clarification a pour finalité d'expliquer comment la justice a pu devenir une règle, notamment sous les plumes de John RAWLS ou Chaim PERELMAN.

Cette idée de justice ne peut elle-même se concrétiser sans un appareil conceptuel adéquat, à savoir les catégories et qualifications juridiques. Cet outillage intellectuel relève bien d'une réflexion méthodologique visant à rendre la règle de justice pleinement effective. Assez loin des caricatures du raisonnement juridique sous une forme syllogistique simplifiée, l'examen fait apparaître la complexité et la subtilité de l'appareil d'application du droit. Les règles sont appliquées en raison d'une autre règle (dite « de justice ») qui devient opérationnelle grâce l'usage de concepts mis à son service. Ainsi, l'examen des origines de l'idée méthodologique de justice (I) doit permettre d'en extraire la signification propre en vu de sa réalisation (II).

I. Origines de l'idée méthodologique de justice

4. Origines philosophiques de l'idée de justice – Traiter de la justice en philosophe, c'est se demander quelle est sa nature ou son essence. A ce titre, le choix d'une certaine idée de justice comporte des partis pris et des présupposés philosophiques. A cet égard, le juriste peut se réclamer d'un droit naturel au sens d'ARISTOTE, c'est-à-dire en considérant que la justice est dans les choses elles-mêmes¹⁰. Inversement, il peut considérer que le point de vue sur le juste et l'injuste est une question morale extra-juridique comme pouvait le considérer KELSEN¹¹. Bien entendu, il existe toute une série de nuances possibles qui peuvent tour à tour

⁹ H. Hart, *Le concept de droit*, précité, § 167, p.185.

¹⁰ *Ethique à Nicomaque*, V, 7.

¹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, spéc. p.115 : la théorie pure du droit « refuse d'apprécier le droit positif », égal. p.70, 75, 220, 222.

souligner l'aspect conventionnel de la justice ou, au contraire son aspect rationnel voire universel. L'objectif de cette étude n'est certainement pas de faire l'inventaire de ces diverses conceptions ni même à plus forte raison de trancher entre l'une d'elles. La seule chose que l'on voudrait montrer c'est la possibilité d'apercevoir en filigrane dans des textes célèbres de la philosophie l'idée méthodologique de justice. Pour le dire d'une autre façon, d'où vient cette idée que les cas semblables doivent être traités de façon identique¹² ? Si les réflexions philosophiques sur la justice ont fourni le substrat de l'idée actuelle, cette filiation intellectuelle n'a pas empêché l'autonomie progressive du sens méthodologique.

Aussi, seuls quelques philosophes seront passés en revue, notamment ARISTOTE et John RAWLS car leurs écrits traitent explicitement de l'idée de justice en référence à l'égalité et l'équité. Ces deux dernières notions sont vraisemblablement à l'origine de l'idée d'un traitement identique des cas semblables qui est un aspect du traitement égal. De même, l'équité, en tant que façon juste d'appliquer une règle, pourrait bien être une façon de discerner ce que les cas ont de semblable, bref ceux qui appellent le même traitement ou, à l'inverse, un traitement différencié. L'objectif est donc de faire saillir les origines conceptuelles de ce qui sera considéré au 20^{ème} siècle comme « la règle de justice », de s'interroger sur ce dédoublement de l'idée de justice entre son fond et sa forme.

5. ARISTOTE : la justice comme égalité et équité – ARISTOTE traite de la justice dans un célèbre chapitre de son ouvrage, *l'Ethique à Nicomaque*, consacré principalement à l'étude des vertus. C'est dans la cinquième partie de cet ouvrage que résident les éléments dont on tire l'opposition entre justice distributive ou commutative ainsi que l'idée de l'équité comme souplesse ou flexibilité dans l'application du droit. Ces lieux communs de la théorie du droit masquent pourtant une certaine aridité du texte originel et la complexité des relations qui unissent justice, égalité et équité.

Selon ARISTOTE, l'inégalité engendre l'injustice¹³ ; *a contrario* l'égalité produit la justice¹⁴. Mais l'égal est lui-même un juste milieu¹⁵, ce qui tend à confondre et

¹² Idée déjà présente chez Cicéron, « Topiques », in *Œuvres complètes de M. T. Cicéron*, vol. 4, Paris, F-I Fournier, 1816, p.280 : « valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat ». Traductions possibles : « L'équité l'emporte et elle impose que dans les causes identiques on applique des principes identiques » ou « L'équité ordonne de juger et de déterminer de la même manière les choses pareilles ».

¹³ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 4^{ème} éd., 1979, V, 6, p.226 : « l'injuste est l'inégal » ; Trad. J. B. Saint Hilaire, Livre de poche, 1992, V, III, §1, p.200 : même traduction ; trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, V, 7.1, p.237 : « ce qui est injuste est inéquitable ».

¹⁴ *Ethique*, trad. Tricot, V, 6 ; trad. Saint Hilaire V, III, §2, p.200; trad. Bodéüs, V, 7.1, p.237.

assimiler purement et simplement les deux notions. Aussi, l'égalité ne peut être comprise comme l'uniformité pure et simple de tous les individus. La justice n'est donc pas une comparaison terme à terme, sinon elle ne réduirait à l'exigence d'une égalité. C'est bien pourquoi Aristote précise que la justice comprend quatre termes, autrement dit une égalité entre des relations. Le terme plus approprié est celui de proportion, comprise comme égalité de rapports¹⁶. Son illustration la plus évidente réside dans les fractions mathématiques. En effet, il y a le même rapport de grandeur entre $1/2$ et $3/6$ c'est pourquoi ces fractions expriment le même nombre, raison d'être l'égalité « $1/2 = 3/6$ ». On fera remarquer qu'il y a dans cet exemple quatre termes (1, 2, 3, 6) mais qu'il y a identité du nombre désigné. Ainsi se découvre l'idée implicite que ces deux relations doivent recevoir un traitement identique parce qu'en dépit de leur différence d'apparence, elles sont au fond une seule et même chose, un seul et même nombre. L'objectif sera alors de retrouver cette égalité des rapports mathématiques dans les rapports humains. D'où la conséquence tirée par Aristote : si deux personnes ne sont pas égales elles ne doivent pas recevoir de parts égales¹⁷. Autrement dit, chacun reçoit à proportion de son rang, son talent ou son mérite¹⁸. La justice n'est pas de donner à chacun la même chose mais à chacun ce qui lui revient, le « sien » — d'où la formule, *suum cuique tribuere* (« rendre à chacun le sien »). Cette justice est dite « distributive » car elle repose sur une égalité géométrique (une proportionnalité) tandis que la justice « commutative » repose elle sur une égalité arithmétique (un échange ou une réciprocité)¹⁹. Dans tous les cas, la justice est une forme d'égalité, qu'elle soit géométrique ou arithmétique.

La justice est donc le règne d'une certaine égalité. En effet, toute la difficulté sera de savoir quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme égales. Pour la présente étude, il importe surtout de souligner que l'égalité est à la racine de l'idée de traiter de façon identique les cas semblables. Pour rester plus proche de la terminologie d'ARISTOTE, on pourrait dire que les égaux doivent être traités de façon

¹⁵ *Ethique*, précité.

¹⁶ *Ethique*, trad. Tricot, V, 6, p.228: « le juste est, par suite, une sorte de proportion » ; trad. Saint Hilaire V, III, §7, p.201: « Le juste est quelque chose de proportionnel » ; trad. Bodéüs, V, 7.4, p.238: « Donc, ce qui est juste, c'est quelque chose de proportionnel ».

¹⁷ *Ethique*, trad. Tricot, V, 6, p.227 : « Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales » ; trad. Saint Hilaire V, III, §7, p.201: même traduction ; trad. Bodéüs, V, 7.3, p.238: « Si les personnes ne sont pas égales, elles ne peuvent obtenir de parts égales ».

¹⁸ *Ethique*, trad. Tricot, V, 6, p.228 ; trad. Saint Hilaire V, III, §6, p.201; trad. Bodéüs, V, 7.3, p.237.

¹⁹ Qui peut encore être traduite en justice corrective, rectificative ou réparatrice: *Ethique*, trad. Tricot, V, 7, p.231 : « Le juste correctif » ; trad. Saint Hilaire V, IV, §1, p.203 : « La justice réparatrice » ; trad. Bodéüs, V, 8, p.241: « celle qui apporte un correctif ».

égale et les inégaux de façon inégale. L'injustice réside alors dans le fait de traiter de façon égale des inégaux ou de façon inégale des égaux ce qui accrédite pleinement le symbole de la balance. Indépendamment d'une réflexion sur ce qui est essentiellement ou substantiellement égal, on peut retenir que la forme même de la justice est l'égalité et que cet aspect se retrouve encore dans nos conceptions actuelles de la justice. Dire que les cas semblables doivent recevoir le même traitement, c'est se fonder sur la forme même de l'égalité. En revanche, dire dans telle ou telle hypothèse si deux personnes sont égales c'est considérer l'égalité d'un point de vue substantiel.

Pour ARISTOTE, la justice est encore équité car il n'y a pas entre justice et équité une différence de nature (ou de genre)²⁰. Il existe le même type de relations entre justice et égalité ou justice et équité : on ne peut réduire la justice ni à l'une ni à l'autre car elle participe de ces deux formes²¹. Si l'équité paraît parfois supérieure au juste c'est parce qu'en réalité elle parachève un juste incomplet, par exemple, la justice légale qui ne prend en compte que les cas les plus fréquents et peut omettre certaines hypothèses²². L'équité ne corrige pas la loi en la modifiant mais la complète en la prolongeant. Ainsi l'équité est une activité législative qui institue ce qui est égal ou inégal au lieu de le juger selon la loi qui, par hypothèse, ne règle pas ce qui est en question. Ainsi, l'équité, loin d'être une modification de l'idée d'égalité, repose entièrement sur elle. L'équité est la justice et la justice est l'égalité, à la fois géométrique (proportion) et arithmétique (échange). Lorsque l'une de ces deux faces manque dans la loi, l'équité va établir la justice soit en donnant des parts égales (arithmétiques) soit le fondement d'une égalité (proportionnelle) qu'elle aura préalablement créée.

²⁰ *Ethique*, trad. Tricot, V, 14, p.266 : « La justice et l'équité ne sont ni absolument identiques, ni génériquement différentes » ; trad. Saint Hilaire V, X, §1, p.229 : « elles ne sont pas non plus d'un genre essentiellement différent » ; trad. Bodéüs, V, 17, p.279 : « ce n'est en effet ni tout simplement la même chose, ni une chose d'un autre genre » (chez Bodéüs, « équité » est remplacée par « honnêteté »).

²¹ *Ethique*, trad. Tricot, V, 14, p.266 : « l'équitable, tout en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste, et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste » ; trad. Saint Hilaire V, X, §2, p.229 : « l'équitable, qui est meilleur que le juste dans telle circonstance donnée, est juste aussi ; et ce n'est pas comme étant d'un autre genre que le juste, qu'il est meilleur que lui dans ce cas » ; trad. Bodéüs, V, 17.2, p.280 : « ce qui est honnête en effet vaut mieux qu'une certaine forme de juste tout en étant juste, et en même temps, ce n'est pas parce que ce serait un autre genre de chose que cela vaut mieux que le juste ».

²² *Ethique*, trad. Tricot, V, 14, p.267 : « la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner » ; trad. Saint Hilaire V, X, §2, p.229 : « la loi ne saisit que les cas les plus ordinaires, sans se dissimuler d'ailleurs ses propres lacunes » ; trad. Bodéüs, V, 17.2, p.280 : « la loi prend alors en compte ce qui arrive le plus fréquemment, sans ignorer ce qu'elle laisse de côté ».

Cette considération sur l'équité pointe la difficulté récurrente de l'idée de justice : pour traiter de façon identique les cas semblables encore faut-il savoir les cas qui sont semblables et donc égaux. Or c'est sur ce point que la notion d'égalité se dédouble. Car une chose est de se demander si deux cas méritent en eux-mêmes un traitement égal et autre chose est de traiter de façon égale deux cas qui ont déjà été considérés comme égaux. Pour prendre un exemple simple, une chose est de dire que l'annulation pour erreur dans la vente sera soumise à un délai de 5 ans et celle pour vices cachés à un délai de 2 ans mais autre chose est de se demander dans quelles hypothèses il y a erreur et dans quelles hypothèses il y a vice caché. La distinction entre l'erreur et le vice caché assure que des situations considérées comme différentes soient bien traitées de façon différentes, ce qui n'est que la reformulation de l'idée que les cas semblables doivent être traités de façon identique. En termes aristotéliens, il ne faut pas que des situations inégales soient traitées de façon égale, sans quoi il y aurait injustice.

Ce que la présente étude voudrait faire saillir est que les auteurs modernes se sont parfaitement approprié cette idée de justice. Sous son versant méthodologique, elle signifie que la juste application du droit doit se faire en respectant les inégalités instituées. Critiquer les traitements différenciés, c'est remettre en cause philosophiquement la façon même d'instituer la justice. Cette critique du législateur est désormais possible grâce au contrôle de conventionalité (devant la Cour européenne des droits de l'homme) ou de constitutionnalité (grâce à la question prioritaire de constitutionnalité portée devant le conseil constitutionnel). Bref, si les critères pour établir l'égal et l'inégal (le juste et l'injuste) peuvent varier, l'application des règles instituées devra toujours suivre la *même forme*, à savoir traiter de façon égale les cas égaux.

6. RAWLS : la justice comme équité – La *Théorie de la justice* de John RAWLS²³ et sa reformulation synthétique sous le titre *La justice comme équité*²⁴ présentent une filiation conceptuelle évidente avec ARISTOTE puisque la justice y est encore appréhendée comme égalité et équité, même si ce second aspect prédomine. Pourtant, le présent propos ne vise pas à expliciter, discuter ou critiquer les conceptions rawlsiennes de la justice mais bien plutôt à mettre en exergue certains détails qui témoignent du dédoublement du concept de justice. En effet, RAWLS cite de façon explicite le principe selon lequel il faut « *traiter des cas semblables de manière*

²³ J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Points, 2009.

²⁴ J. Rawls, *La justice comme équité. Une reformulation de Théorie de la justice*, trad. B. Guillarme, La découverte, 2001.

semblable »²⁵ même si cela n'est pas, selon lui, « *une garantie de justice réelle* »²⁶. Pourtant, ce principe est important car il est impliqué par l'Etat de droit²⁷. Il permet d'assurer une application impartiale des règles de droit²⁸ qui n'est pas autre chose qu'une application équitable²⁹. Ainsi, ce principe d'application est loin d'être secondaire car un système de règles qui admettrait un trop grand nombre de déviations à son égard pourrait être suspecté d'être en réalité injuste³⁰. En effet, si les critères d'application des règles sont fournis par les règles elles-mêmes, les déviations dans l'application ne font que refléter un ordre injuste puisque les critères institués n'établissent pas de justes différences ou de justes distinctions dans le traitement. En tout état de cause, le traitement identique des cas semblables constitue une exigence de justification qui pèse tant sur les juges que sur le législateur. En effet, traiter de la même façon les cas semblables est tout simplement suivre une directive de cohérence³¹. Comme le remarque RAWLS, l'augmentation du nombre de cas rend de plus en plus difficile d'établir de façon convaincante des justifications de discriminations injustes ou de jugements partiaux.

Ces éléments, qui peuvent passer pour un détail dans l'œuvre de John RAWLS, sont en vérité très représentatifs du dédoublement du concept de justice entre d'une part une justice substantielle constituée de règles et d'autre part une justice formelle qui est censée prolonger ces règles, déjà considérées comme justes. Aussi, le principe de traitement identique des cas semblables semble cantonné à l'application du droit. Néanmoins, lorsque le législateur institue une différence entre deux situations ou deux groupes d'individus, il considère que les hypothèses de fait ne sont pas semblables. Autrement dit, l'activité législative elle-même paraît bien reposer sur cette idée de traitement identique des cas semblables. En effet, en renversant la formule, on pourrait tout aussi bien dire que les cas dissemblables doivent être traités de façon dissemblable et de cette façon on obtient une description plus fidèle de l'activité législative. Le rapprochement avec les développements aristotéliens sont alors particulièrement éclairants. Si l'équité repose sur l'égalité et que l'égalité implique que les égaux soient traités de façon égale et réciproquement que les

²⁵ *Théorie de la justice*, n°10, p.91.

²⁶ *Théorie de la justice*, n°10, p.89. En cela, il rejoint l'opinion de Hart selon laquelle cette idée est « une formule vide » : *Le concept de droit*, précité, §159, p.177.

²⁷ *Théorie de la justice*, n°38, p.274.

²⁸ *Théorie de la justice*, n°38, p.271. Même conclusion pour Hart, *Le concept de droit*, précité, §160, p.178.

²⁹ *Théorie de la justice*, n°38, p.272. Comp. Hart, *Le concept de droit*, précité, §158, p.176.

³⁰ *Théorie de la justice*, n°38, p.273.

³¹ *Théorie de la justice*, n°38, p.274.

inégaux soient traités de façon inégale alors la différence entre le législateur et le juge est fortement atténuée. Leur activité relève plus d'une différence de degré que de nature. En effet, il ne s'agit plus d'opposer la création des règles et leurs applications mais l'application générale d'une seule et même règle : traiter de façon égale les cas égaux. Présenté sous cet angle, ce n'est pas la forme qui prolonge le fond mais bien la forme qui décide du fond. Toute la difficulté est que la forme même du principe de justice ne fournit pas les critères substantiels qui permettent de dire lorsque deux cas sont égaux. C'est bien ce problème qui va se retrouver lors de la mise en œuvre de cette idée méthodologique de justice³². L'essentiel pour notre analyse est bien de souligner que la justice est devenue, de façon générale, une règle. Bref, c'est une certaine façon d'apprécier les problèmes, autrement dit une méthode.

7. PERELMAN : la justice comme règle – Chaïm PERELMAN présente de façon explicite la justice comme une règle³³ (formelle) qui permet d'éviter de privilégier telle ou telle conception substantielle de la justice. La règle selon laquelle « *les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* »³⁴ permet de réaliser un accord maximal car tout le monde s'accorde sur elle, indépendamment de sa conception substantielle de la justice. Ce principe est bien formel car il ne décide pas en lui-même des cas qui sont identiques ou différents³⁵. Dans l'application d'une telle règle, il est concevable d'avoir plusieurs critères concurrents³⁶ qui contreviennent au respect de la règle. C'est alors qu'intervient l'équité, en tant que correctif visant « *à ne pas traiter de façon trop inégale les êtres faisant partie d'une même catégorie essentielle* »³⁷. A la différence d'ARISTOTE, l'équité ne vient pas compléter les lacunes de la loi mais corriger substantiellement les distinctions instituées. Cette façon de raisonner semble particulièrement rendre compte de la possibilité pour un juge d'écarter l'application d'une loi qu'il jugerait non conforme à la convention européenne des droits de l'homme. Pour PERELMAN, l'équité a un rôle plus précis puisqu'il s'agit de résoudre

³² V. *infra* n°8 et s.

³³ Ch. Perelman, *Ethique et droit*, Editions de l'université de Bruxelles, 1990, p.108.

³⁴ *Ethique et droit*, p.30.

³⁵ *Ethique et droit*, p.31.

³⁶ Perelman prend l'exemple d'un patron qui voudrait rétribuer ses ouvriers à la fois en raison de leur travail et de leurs besoins : si deux personnes appartiennent à la même catégorie du point de vue du travail et à des catégories différentes du point de vue des besoins, à travail égal, l'un d'eux ne percevra pas le même salaire ce qui contredit l'idée qu'ils appartiennent à la même catégorie. *Ethique et droit*, p.48.

³⁷ *Ethique et droit*, p.50. On remarquera que cette caractérisation de l'équité est à l'opposée de celle d'Aristote qui insiste sur le fait que l'équité ne joue qu'en dehors des cas non inclus dans la généralité de la loi.

des conflits de fond entre plusieurs règles concurrentes. Pour éviter l'intervention de l'équité, il faut imaginer des critères plus nombreux et admettant des combinaisons complexes³⁸. Bref, un système bien ordonné devrait idéalement se dispenser de l'équité. Ceci est d'autant plus vrai que, dans la pensée de PERELMAN, la règle de justice ne vise que l'application correcte du droit³⁹ et ne repose pas sur l'égalité. En effet, « *l'égalité de traitement n'est qu'une conséquence logique du fait que l'on s'en tienne à la règle* »⁴⁰.

A cet égard, PERELMAN est très proche de RAWLS sur ce point particulier : la règle de justice n'est valable que pour des règles justes. Ainsi, des règles arbitraires peuvent être appliquées de façon juste⁴¹. Toutefois, PERELMAN est justiciable des mêmes remarques émises à propos de RAWLS : si la règle est considérée comme injuste c'est bien que les cas qu'elle pose comme différents ne le sont pas essentiellement. Pour le dire autrement, une règle injuste méconnaît encore la règle de justice mais à un degré de généralité plus élevé. La distinction entre la création de la règle et son application repose sur l'idée selon laquelle les règles légales fournissent leurs propres critères d'application. Or cette idée est loin d'être une évidence puisque l'interprétation vise justement à connaître les cas qui tombent dans le champ d'application de la règle et ceux qui sont en dehors de son domaine. Mieux, les interprètes n'hésiteront pas à rectifier les qualifications légales jugées inopportunes témoignant ainsi de la prépondérance des catégories sur le contenu littéral des règles à interpréter⁴². PERELMAN le reconnaît : la règle de justice ne nous dit pas quand les êtres sont semblables ni le traitement à leur réserver⁴³. Ces aspects relèvent pleinement d'une méthodologie juridique qui se propose de formaliser les canons interprétatifs des règles de droit qui ne sont finalement que le complément de la réalisation de la règle de justice.

³⁸ *Ethique et droit*, p.53.

³⁹ *Ethique et droit*, p.59.

⁴⁰ *Ethique et droit*, p.57.

⁴¹ *Ethique et droit*, p.67 et s. où Perelman prend l'exemple d'un critère (le lait de vache produit à plus de 1000 mètres d'altitude) visant à instaurer un protectionnisme indirect sans pour autant être appliqué en violant la règle de justice.

⁴² Par ex. la loi Libertés et responsabilité de l'Université (LRU) a institué en 2007 le conseil d'administration de l'université comme jury de recrutement mais les juges ont réécrit la loi en considérant que c'est le comité de sélection qui demeure le jury du concours. F. Melleray, « A la recherche des jurys de recrutement des enseignants chercheurs » *AJDA* 2011, p.539 et s.

⁴³ *Ethique et droit*, p.111.

II. Réalisation de l'idée méthodologique de justice

8. La réalisation d'une idée par la méthodologie – Si une idée est souvent abstraite, sa réalisation suppose à l'inverse de la concrétiser. C'est ce qu'exprime le verbe « réaliser » qui signifie étymologiquement « faire entrer dans les choses ». C'est sur ce point que toutes les difficultés se cristallisent : comment réaliser un traitement identique ? Comment identifier les cas semblables ? Ces interrogations de nature technique ou instrumentale peuvent légitimement se doubler d'une interrogation fondamentale : des cas différents peuvent-ils essentiellement être considérés comme semblables ?

Ces questions témoignent toutefois d'un vrai renversement de perspective qui fait la force de l'idée méthodologique de justice. Au lieu d'enfermer la réflexion dans une spéculation philosophique (in-finie par définition), elle oblige le juriste à se prononcer *hic et nunc* pour trancher la difficulté qui lui est soumise. En transférant la question substantielle de la justice vers la réalisation du droit, l'idée méthodologique de justice paraît réduire le problème à une simple question technique. Néanmoins, cette apparence ne doit pas tromper : le questionnement fondamental demeure toujours en arrière plan et la technique, loin de le supprimer, n'en constitue qu'un véhicule privilégié. Le point que l'étude souhaite mettre en valeur est que la réalisation de l'idée méthodologique de justice suppose le secours d'instruments eux-mêmes méthodologiques. Autrement dit, les catégories, définitions, concepts et classifications juridiques sont les moyens de répondre aux interrogations précédemment soulevées. Pour se réaliser, le droit a besoin d'être opérationnel et à cet égard il ne peut faire autrement que considérer les questions posées comme susceptibles d'une réponse. Sans cela, la concrétisation du droit serait éternellement reportée, faute de pouvoir achever, en un temps donné, la réflexion requise par l'ampleur de la question de la justice. Aussi, le problème se déplace vers une façon d'interroger qui permette de décider ce qu'est un traitement identique et ce que sont des cas semblables.

9. Le traitement identique par le régime juridique – La notion de régime juridique est l'instrument méthodologique privilégié du traitement identique. Celui-ci peut être défini en première approximation comme un « ensemble de règles gouvernant certaines matières ou institutions »⁴⁴ ou « un corps cohérent de règles »⁴⁵. De façon plus technique, les règles composant un régime juridique sont propres à

⁴⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007, V° Régime, III, 1.

⁴⁵ G. Cornu, précité, V° Régime, I, 1.

trancher le litige soumis au juge. L'exemple le plus visible de cet aspect réside certainement dans les délais de prescription : si l'action est introduite après l'écoulement d'un certain laps de temps, le demandeur sera irrecevable en sa demande, sans autre examen au fond. Toutefois, il est rare qu'un régime juridique se compose d'une règle unique. Il synthétise souvent de nombreux aspects. Ainsi, le régime de l'inexécution du contrat suppose une mise en demeure⁴⁶, admet la possibilité de clauses limitatives de responsabilité⁴⁷, n'indemnise que le dommage prévisible⁴⁸, prévoit une compétence territoriale des tribunaux pour le lieu d'exécution du contrat⁴⁹. Ce bref exemple montre combien le régime juridique ne se présente pas de façon spontanée dans la loi mais suppose au contraire un effort de construction et d'unification. Le régime juridique comporte alors autant de conséquences que le juriste est autorisé à tirer de l'identification préalable d'une situation : par exemple, l'existence d'une inexécution du contrat qui implique la mise en œuvre de la série de règles susmentionnée.

Ce qui importe pour la question ici examinée est que le régime juridique, parce qu'il est composée de règles qui ne varient pas, assure un traitement identique de toutes les situations qu'il est appelé à régir. Toutes les inexécutions du contrat suivent le même régime, elles sont donc toutes soumises à un traitement juridiquement identique. Aussi, il ne faut pas être étonné si la jurisprudence européenne a considéré que la discrimination entre des personnes « *consiste à traiter de manière identique des situations qui sont différentes ou de manière différente des situations qui sont identiques* »⁵⁰. Soumettre des cas différents à un régime identique, c'est réaliser une injustice au sens de la règle de justice déjà exposée. L'hypothèse particulière de la discrimination des personnes (interdite par de nombreux textes) en raison de l'âge, du sexe, de la religion, de l'ethnie n'est qu'une illustration du principe général de discrimination au sens logique. La discrimination repose sur une différenciation en vue d'un traitement différent. La discrimination réprimée par le droit consiste dans le même procédé mais à partir d'éléments jugés comme non pertinents⁵¹. Ce que met en lumière cet exemple est que l'inégalité de traitement est appréciée en raison des règles auxquelles les cas sont soumis. La différence de

⁴⁶ CCiv. art. 1146.

⁴⁷ Solution jurisprudentielle considérée comme corollaire de la liberté contractuelle.

⁴⁸ CCiv. art. 1150.

⁴⁹ CPC art. 46.

⁵⁰ CJCE, 4 fév. 1982, *Buyl contre Commission*, aff. 817/79, Rec. p. 245, point n°29 : sur la différence entre un retraité et un fonctionnaire en service différé.

⁵¹ H. Hart, *Le concept de droit*, précité, § 158, p.176.

traitement implique alors la différence des régimes juridiques, point sur lequel il n'est pas toujours aisé de s'accorder. En effet, il est possible de relever des régimes présentant des points communs sans pour autant en conclure qu'ils sont identiques. Ce n'est pas parce que l'inexécution du contrat et la responsabilité civile délictuelle peuvent se solder par une indemnisation que l'identité des régimes peut être affirmée. Il existe encore de nombreuses différences qui interdisent toute assimilation pure et simple. L'ampleur des règles composant tel ou tel régime juridique détermine ainsi son identité ou sa différence avec d'autres régimes. Cette question strictement méthodologique montre que l'identité juridique de traitement ne se réduit pas à une saisie intuitive du « même » et du « différent ». Cette identité est pensée par la médiation de concepts. Ils sont supposés contenus dans des règles qui fournissent le substrat de l'élaboration des ensembles cohérents appelés « régimes juridiques ». Malgré tout, la délimitation des contours des différents régimes juridiques est rendue assez aisée par l'existence au sein de la loi des conséquences à tirer de telle ou telle qualification juridique. Autrement dit, la loi se distingue souvent par la volonté d'unifier de nombreuses règles autour d'un régime ; bref de leur permettre de poursuivre un même but ou objectif. L'agrégation d'éléments disparates en un véritable régime juridique ne se présente alors que comme le point de départ pour réaliser l'idée méthodologique de justice. Une fois la possibilité d'un traitement identique établi, quels sont alors les cas qui doivent suivre ce même régime ? Autrement dit, comment décider que deux cas sont semblables ?

10. Similitude et identité : position du problème – La règle de justice a été énoncée de façon non symétrique : ce ne sont pas les « cas identiques » qui doivent recevoir un traitement identique mais bien les « cas semblables ». Cette nuance terminologique revêt en vérité une grande importance. Le traitement peut être dit « identique » grâce au régime juridique car, quelle que soit la situation de fait soumise, les règles composant le régime juridique restent identiques à elles-mêmes. On entend par là que les concepts qui permettent d'exprimer le régime juridique sont stables et invariants : abstraitement, la compétence du tribunal est toujours la même, tout comme les règles d'indemnisation, les délais etc. L'identité est possible grâce à l'abstraction. En revanche, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le fait lui-même, une nouvelle difficulté apparaît. La loi peut très bien prendre des dispositions dans l'abstrait mais elle ne peut prévoir toutes les occurrences futures de son application. Elle demeure alors à un certain degré de généralité ou bien se limite à une série d'exemples. Dans chacune de ces hypothèses un problème particulier émerge. Même si la loi a défini la catégorie, est-il légitime que deux situations factuelles soient assimilées alors que les cas d'espèces comportent toujours des nuances de fait ? De

même, comment justifier l'extension analogique de la loi à partir des exemples qu'elle cite à des cas non formulés explicitement?

Sur la première question, une réponse possible serait que deux cas pourraient être dits semblables du moment qu'ils relèvent de la même catégorie, autrement dit qu'ils sont justiciables d'une même classification, d'une même définition. Mais ce point de vue est problématique⁵² car comment poser que des faits différents puissent malgré tout être unifiés sans que cette unification nie les différences⁵³? La critique porte bien sur le fait que « *tout concept surgit de la postulation de l'identité du non-identique* »⁵⁴. Le problème ne change pas sur la seconde question. En effet, bien que deux situations factuelles puissent se ressembler, elles ne peuvent être identiques l'une à l'autre⁵⁵. En effet, deux individus ayant rigoureusement les mêmes caractéristiques seraient en réalité le « même »⁵⁶. C'est une façon de revisiter le fameux principe de l'identité des indiscernables, issu de la pensée de LEIBNIZ. Selon ce dernier, si deux êtres ont les mêmes propriétés c'est qu'ils sont en réalité identiques⁵⁷. Autrement dit, il faut encore « postuler de l'identique » pour voir le « même » dans des individus en réalité différents. A cet égard, les cas ne peuvent pas être dits identiques mais seulement semblables. La persistance des différences factuelles entre les cas rend alors impossible d'atteindre la justice par l'usage d'une règle générale pour les apprécier⁵⁸. Si le but d'une justice absolue ou en soi demeure impossible par la règle, cela veut bien dire que c'est la règle elle-même qui constitue une certaine justice. Autrement dit, le problème de l'interprétation réside en réalité dans l'argument de justice lui-même en ce sens qu'il vise à définir ce qui semblable dans des cas qui ne peuvent, par hypothèse, jamais être identiques. La raison cette nuance tient au fait que l'identité est une construction conceptuelle. Elle vise à assimiler des cas différents d'un point de vue factuel en les considérant identiques

⁵² Aristote, *Topiques*, VII, 151 b. 25 ; Vrin, trad. J. Tricot, 1997, p. 291 et s.

⁵³ Aristote, *Métaphysique*, Z, 13, 1037 b ; GF Flammarion, trad. M.-P. Duminil et A. Jaulin, 2008, p.266 ; Pocket, trad. J. B. Saint Hilaire, 1991, p.266.

⁵⁴ Nietzsche, « Mensonge et vérité au sens extra-moral », *Œuvres I.*, Gallimard, Pléiade, 2000, p.407 ; Nietzsche poursuit : « De même qu'il est évident qu'une feuille n'est jamais tout à fait identique à une autre, il est tout aussi évident que le concept feuille a été formé à partir de l'abandon de ces caractéristiques particulières abstraites, et de l'oubli de ce qui différencie un objet d'un autre ».

⁵⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, précité, p.251.

⁵⁶ Même des jumeaux sont différents, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'ils ne peuvent occuper la même position dans l'espace et le temps.

⁵⁷ Leibniz, *Discours de métaphysique, Monadologie*, Folio, Essais, 2004, n°9, p.221.

⁵⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, précité, p.251.

d'un point de vue conceptuel. Or c'est ici que réside l'originalité de la position méthodologique.

11. Les cas semblables par la qualification – La qualification juridique, qui consiste à ranger certains faits sous une catégorie déterminée, est le mode d'assimilation des cas différents en cas semblables. Autrement dit, des faits divers, parce qu'ils sont soumis à une même nature juridique, vont se voir appliquer le même régime juridique⁵⁹. Or la nature juridique n'est certainement pas une donnée intuitive ou élémentaire. Au contraire, elle est le résultat d'une élaboration conceptuelle visant à énoncer ses traits ou caractères constants⁶⁰, le plus souvent sous la forme d'une série de critères. De même, elle est en relation avec les autres natures juridiques et suppose d'être compatible avec ces autres définitions reçues afin que l'édifice conceptuel soit cohérent (non-contradictoire)⁶¹.

Ainsi, deux cas sont semblables non en pas en raison de leurs similitudes ou ressemblances factuelles mais bien en raison de leur rapport à un troisième terme qui est le concept juridique lui-même, celui qui opère la qualification. Un seul exemple permet d'illustrer ces relations. Pour obtenir l'annulation d'un contrat, il est admis d'invoquer les manœuvres de l'autre partie : c'est le dol⁶². Tel est le cas lorsqu'un vendeur a sciemment modifié le compteur kilométrique d'un véhicule. Mais ce cas est-il semblable au fait que le vendeur garde le silence sur une consommation excessive de carburant ? Dans la première hypothèse, nous sommes en présence d'un comportement actif qui vise à altérer une réalité, le nombre réel de kilomètres parcourus avec le véhicule. Dans la seconde hypothèse, le comportement est passif car le vendeur se contente de garder le silence sur un inconvénient. La réalité n'est pas altérée, elle est partiellement dévoilée. Faut-il malgré tout admettre la même solution (l'annulation) pour ces deux cas ? La différence relevée entre comportement actif et passif semble à elle seule justifier une différence que le terme légal de « manœuvres » semble supposer. La comparaison terme à terme des deux hypothèses conduit à nier leur assimilation. Pourtant, la question est de savoir si les cas sont assimilables, c'est-à-dire conceptuellement identiques en dépit même de certaines différences factuelles. Or les deux hypothèses précitées peuvent être considérées comme ayant *également* altéré l'information disponible sur la chose objet du contrat. Pour en arriver à cette conclusion, il faut donc bien un troisième terme, « l'altération de l'information » qui permet de dire que ces deux cas doivent être

⁵⁹ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p.255-272.

⁶⁰ J.-L. Bergel, précité, n°3, p.257.

⁶¹ J.-L. Bergel, précité, n°9, p.262.

⁶² CCiv. art. 1116.

soumis au même régime juridique : l'annulation. Cette conclusion n'a pourtant rien de nécessaire. Pendant plus de 150 ans après l'adoption du Code civil, les juges ont considéré que le terme « manœuvres » devait s'entendre de l'altération d'une réalité, le plus souvent grâce à un mensonge. A cet égard, une simple omission sur un aspect de la réalité n'était pas qualifiée de dol car il n'y avait pas de mensonge. Le point intéressant à relever est que selon la généralité du terme de comparaison, les cas rangés sous la même catégorie de « dol » présenteront entre eux des différences factuelles plus ou moins marquées. Se dessine alors sous nos yeux tout un champ spécifique de recherche qui consiste à se demander comment les concepts juridiques sont produits, comment ils se modifient ou évoluent sans remettre en cause la stabilité du système juridique. Pour demeurer dans le cadre de la présente étude, il est remarquable de constater à travers cet exemple combien les instruments conceptuels du droit sont orientés vers la réalisation de la règle de justice.

En qualifiant des faits différents grâce à l'identité du concept, ils sont considérés comme semblables et soumis à un même régime juridique, lui-même conceptuellement délimité⁶³. Sans exagération aucune, l'activité quotidienne du juriste pourrait être présentée comme articulée par le souci d'une justice constante. Mais ce que met peut-être encore mieux en exergue l'aspect méthodologique de l'idée de justice, c'est que la doctrine, par la définition des catégories juridiques, pèse discrètement, mais puissamment, sur les représentations juridiques et sur la façon même de poser le problème juridique de l'identité et de la différence. Le positivisme, souvent compris comme légalisme, ne paraît pas dans ces conditions constituer un alibi commode pour refuser de porter sur le droit un jugement de valeur. Certains en tireront peut-être la conclusion que le juriste doit avant tout se faire critique de l'idéologie qui l'anime. Mais ce point de vue méconnaît sans doute l'essentiel, à savoir que l'activité doctrinale de conceptualisation est, comme tout savoir, ordonnée à des exigences propres dont la plus visible est celle de cohérence⁶⁴. C'est dire combien l'idée méthodologique de justice, qu'exprime le traitement identique des cas semblables, est elle-même soumise à une élaboration encore plus abstraite la prenant pour objet ; une périphrase que le terme d'épistémologie juridique pourrait suffire à résumer.

⁶³ C'est le nom qui convient à la chose en raison du « sort qu'on veut lui faire subir » : O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 18, 1994, p.9-10.

⁶⁴ Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p.229 et 231.