

LE FORMALISME, INVARIANT OU VARIABLE ?

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. LE FORMALISME, INVARIANT OU VARIABLE ?. Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, SHFD/ Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2016. halshs-01413796

HAL Id: halshs-01413796

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01413796>

Submitted on 12 Dec 2016

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

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

LE FORMALISME, INVARIANT OU VARIABLE ?

Le livre d'Aldo Schiavone fournit au théoricien du droit une mine d'éléments utiles, tant factuels que conceptuels et lui ouvre un champ de questions particulièrement riche. Ce sont là quelques bonnes raisons d'en recommander la lecture à ceux qui s'intéressent aux modes de raisonnement des juristes et à la formation des concepts juridiques, aux relations entre le droit et la philosophie ainsi qu'au rôle politique des juristes comme à leur participation à la création du droit. Au-delà de la magnifique fresque qu'il dresse et des variations sur le thème de l'institution du droit et des institutions de droit à Rome, on y trouve maints développements grisants sur la constitution de l'autonomie du discours juridique et la tentative ou la tentation de créer une isolation du droit, séparé de la politique ou de la société ; les multiples étapes suivies par les juristes romains afin de construire et pérenniser le droit inventé par les juristes ; la montée en puissance de l'administration ; l'ancrage de la légalité comme mode de pensée de l'administration romaine ; l'ontologisation des catégories.

Ce dernier point ne peut que retenir l'attention du juriste qui s'intéresse à la théorie générale du droit, tout comme la question initiale que pose Schiavone au début du chapitre XII « Abstraction et formalisme » : « Mais que signifiait penser abstraitement le *ius civile* ? »¹.

La question est assez provocatrice quand on sait le nombre d'éminents romanistes qui se sont disputés sur la question de l'abstraction et du conceptualisme des Romains. Pour les uns, les juristes romains ne pensaient pas en termes de concepts, et mieux encore « la notion de concept ne se trouvait pas dans leur équipement mental »² ou encore, lit-on parfois, leur usage très limité des définitions de leurs

1. A. Schiavone, *Ius, l'invention du droit en Occident*, Belin, 2009, éd. poche 2011, p. 274.

2. P. Stein, *Regulae Iuris : From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, University Press, 1966, p. 48, qui continue : « They saw their task as that of describing certain given phenomena. They did not consider that they were laying down norms ; their definitions were descriptive rather than normative ».

propres catégories traduirait un manque de conceptualisation³. Pour les autres, au contraire, le droit romain manifestait un « haut degré de conceptualisation »⁴ et bien qu'intéressés par des questions pratiques, les juristes romains avaient des concepts en nombre suffisant et ils étaient suffisamment clairs pour le but pratique qu'ils se donnaient⁵. On a aussi affiné la perspective en s'attachant à la spécificité de la conceptualisation romaine laquelle est bien trop souvent, et improprement, pensée comme une forme de prolongement de la philosophie grecque. Berman a ainsi mis en lumière que les juristes romains avaient bien recours à des concepts généraux mais que ces derniers n'étaient pas envisagés « philosophiquement » :

liés à des situations typiquement caractérisées, [...] ils n'étaient pas considérés comme des idées imprégnant les règles et déterminant leur efficacité concrète. [...] Ainsi l'on pourrait dire que, bien qu'il y eût des concepts dans le droit romain, il y manquait le concept de concept⁶.

Gordley de son côté ajoute que les concepts des juristes romains étaient « tirés de l'expérience ordinaire »⁷ tandis que ceux de la philosophie grecque étaient certes des moyens d'expliquer l'expérience ordinaire mais ne se trouvaient pas dans l'expérience ordinaire. Il faut être un spécialiste pour comprendre le concept de substance ou d'accident, comme il faut encore avoir une solide expérience de

3. D. Behrens, « Begriff und Definition in den Quellen », *Zeitschrift des Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Rom. Abt.* 74, 1957, p. 352.

4. A. Watson, *The Spirit of Roman Law*, Athens, University of Georgia Press, 1995, p. 90.

5. H.F. Jolowicz et B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, University Press, 3^e ed. 1972, p. 374-375, écrivent : « There is no attempt to elaborate a philosophy of law and the Roman Jurists owe their fame to their success in solving practical problems. Though they might not be able to define the concepts with which jurisprudence must work, those concepts were present to their minds in sufficient numbers and with sufficient clarity for their practical purposes ».

6. H. J. Berman, *Droit et Révolution* (trad. R. Audouin), Aix-en-Provence, Librairie de l'Université Aix-Marseille, 2002, p. 163 : « Il serait totalement injustifié de dire qu'il n'y avait pas de concepts généraux dans le droit romain au temps de Justinien et auparavant. Au contraire, les jurisconsultes romains débattaient âprement de situations où un contrat serait nul pour cause "d'erreur", de situations où l'exécution d'une obligation informelle est requise par la "bonne foi", et d'autre divers types de situations où l'issue légale impliquait la référence à de tels concepts [...], le droit romain depuis les temps anciens, était imprégné de concepts comme la propriété, la possession, le délit, la fraude, le vol et des douzaines d'autres [...]. Le droit romain consistait en un réseau compliqué de règles mais ces dernières n'étaient pas présentées comme un système intellectuel mais plutôt comme une mosaïque de solutions pratiques à des problèmes spécifiques de justice ». Dans le même sens, R. Zimmermann, *The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co, 2^e éd. 1992 [1989], p. 9 : « the classical Roman lawyers did not think in terms of neat and logical conceptual categories ».

7. J. Gordley, *The Jurists*, Oxford, UP, 2013, p. 8-10.

physicien pour comprendre le concept de matière ou d'énergie. Il en va différemment pour la vente ou le bail, la possession ou le consentement, voire l'esclavage, pour qui le pratique au quotidien. Autrement dit, les juristes romains procédaient par illustration et exemplification : ils ne cherchaient pas à expliquer leurs concepts par des définitions abstraites et *a priori*, mais procédaient au contraire en juxtaposant et multipliant des cas concrets, lesquels servaient à illustrer un concept. Ces cas n'étaient nullement jugés inutiles : ils s'intéressaient avec le plus grand sérieux à des situations concrètes et mettaient le plus grand soin à résoudre des cas concrets voire des cas-limites. Mais les étapes logiques permettant de passer d'un cas à un autre regroupés sous le même concept n'étaient pas systématiquement expliquées⁸.

Pour répondre à la question initiale, Schiavone s'appuie sur l'œuvre de Quintus Mucius Scaevola que Mario Bretone, citant Blackstone, qualifiait « d'oracle vivant »⁹. Il en fait en quelque sorte l'inventeur sinon du *ius* du moins de l'abstraction que permet la diairesis¹⁰. Il nous montre comment les concepts forgés par Mucius et après lui Labéon puis Cicéron étaient d'un « type particulier », ne ressemblaient pas aux concepts grecs car « leur point de référence n'était ni la nature, ni l'intériorité de l'homme, ni les modalités de l'éthique ou de la politique, mais la structure de la socialité privée dans un milieu civique désormais développé et en plein déploiement impérial »¹¹. Ce faisant, il prend ses distances avec Schulz et Stein pour qui les Romains avaient utilisé la méthode des Grecs afin d'organiser un matériau qui leur était propre. Et par méthode grecque, ils entendaient soit la dialectique platonicienne¹², soit la méthode aristotélicienne qui consiste à remonter aux principes premiers à partir de l'accumulation d'expériences, puis à déduire les conséquences qui découlent de ces principes, et à pouvoir ainsi distribuer le matériau en genre et espèces¹³.

8. J. Gordley, *ibid.*

9. M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 109, citant Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (E. Christian éd.), London, 15^e ed., 1809 [1765], vol. 1, p. 68-69, à propos des juges anglais : « They are the depositaries of the laws, the living oracles, who must decide in all cases of doubt... ».

10. Nom d'une technique platonicienne de division des problèmes, en partie conçue pour permettre leur solution et leur définition.

11. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 274.

12. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, 1946, p. 68 : « the importation of the dialectical method transformed Roman jurisprudence into a systematic science, and was therefore of incomparable importance in the history of legal science ».

13. P. Stein, *op. cit.*, p. 36 : « By the end of the second century B.C. much of private law was covered by juristic opinions, delivered piecemeal, usually in actual cases, but

Pour Schiavone, au contraire, les juristes romains n'ont pas emprunté aux Grecs, mais ont forgé leur propre tradition intellectuelle et leurs propres concepts selon une méthode originale. Aussi critique-t-il « un des lieux communs de l'historiographie » selon lequel le dispositif logique de la pensée classique subirait un « appauvrissement dramatique » quand il passe des philosophes aux juristes tant le travail de la jurisprudence serait « irrémédiablement mineur ». Cette « conclusion infondée » est celle à laquelle parviennent ceux qui imputent au seul « climat intellectuel », à « une parenthèse due une espèce de mode », l'utilisation abondante, par Q. Mucius Scaevola, de l'appareil diairétique. Ce faisant, ils négligent « le rapport entre l'usage de la diairétique et la qualité des connaissances pour la première fois élaborées grâce à ces modèles, c'est-à-dire le problème de la forme logique », selon laquelle l'expérience du droit était construite et pensée. Pire, ils évaluent le travail des juristes à l'aune des critères utilisés pour le débat philosophique et épistémologique « sur la seule foi de quelques traces superficielles d'une dette évidente de la jurisprudence envers la philosophie et, parfois, de quelques contiguïtés de vocabulaire et de catégories »¹⁴.

Or, selon lui, les *Libri iuri civili* de Mucius Scaevola, lequel connaissait le grec, procèdent d'« un travail d'intégration délicat et fondamental », dont le résultat n'est rien de moins que « la naissance d'une nouvelle façon de penser le droit, qui en transformera les procédures en celles d'une science sans égale dans l'Antiquité, tout aussi cohérente et dense dans ces concepts que la grande philosophie classique »¹⁵. Ces concepts sont nés, dit Schiavone,

de la capacité à séparer analytiquement les formes fonctionnelles des rapports pris en considération par le *iuris* (échanges, appartenances, obligations, prétentions, pouvoirs, sujets, actions) de la matière vive qui les composait, et de leur donner une consistance tout à fait autonome, détachée des déterminations concrètes qui en constituaient le contenu dans la réalité (telle marchandise, tel bien, tel citoyen, telle prestation, telle démarche processuelle, tel noyau d'intérêts) et qui n'avaient permis jusqu'à présent qu'une sorte de « typisation » empirique des ressemblances. Le tournant mucien construit un droit capable d'atteindre une dimension purement formelle, où rien d'autre n'est envisageable que la

occasionally in hypothetical cases. The next step was to generalize the opinions, and although the material remained Roman, the methods by which it was organized were Greek » et aussi P. Stein in Andrea Padovani, Peter G. Stein (eds), *The Jurists Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*, vol. 7, Dordrecht, Springer, 2007, p. 5.

14. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 257.

15. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 258

dimension abstraite des rapports qu'il prend en compte à laquelle est lié le déploiement d'une raison "pratique", fondée sur l'évaluation "calculante" et quantitative ¹⁶.

Schiavone fait ensuite l'hypothèse que le souvenir du ritualisme ait agi de façon à prédisposer la pensée juridique à cette dissociation des formes à visée disciplinante et normative et qu'il en ait fixé une sorte de moule culturel et mental. Mieux encore, il considère que ces concepts ne sont pas de simples catégories de pensée mais sont pris, chez Mucius et après lui, comme des

étants réels dotés d'une vie propre et d'une objectivité incontestable que la connaissance juridique ne faisait que refléter dans une sorte d'adéquation de l'intellect à la chose. [...] Les concepts juridiques pouvaient prendre ainsi une valeur qui faisait du droit une véritable métaphysique, certes d'un type particulier, visant exclusivement à transformer des schémas abstraits de relations sociales en figures de l'être, où l'expérience concrète de la vie se réduisait à un nombre défini de modèles archétypiques : une véritable ontologie, qui se posait comme le moteur de tout développement du ius. [Dans ces conditions, conclut-il] la règle juridique n'apparaîtra plus autrement que comme un acte de connaissance et non de volonté, une adéquation de la pensée à l'être, le résultat d'une opération cognitive rationnellement contrôlable dans toutes ses phases, entièrement soustraite à l'arbitraire et à l'autoritarisme ; et cela se produisait au moment même où l'aristocratie romaine avait réussi à concentrer autour d'elle un pouvoir énorme, auquel son extraordinaire désir de puissance offrait la capacité d'un rayonnement mondial tout à fait inédit ¹⁷.

Ce passage, magnifique et si difficile à résumer, trouve un écho plus loin dans l'ouvrage, quand, à propos d'une page de Cicéron, Schiavone écrit : « nous pouvons considérer cette page comme le lieu fondateur du discours occidental sur la neutralité du droit, depuis lors toujours suspendu entre réalité et mythe, science et idéologie » ¹⁸. Un peu avant, il a évoqué cette « réduction constante de la socialité à un cadre de formes » qu'opère la « grande transformation » et que « les experts considèrent comme des conditions abstraites pour penser toute structure normative et comme de véritables constructions ontologiques, dotées d'une existence objective et métaphysique, ce qui imposait à la raison un perpétuel effort d'adaptation, dans lequel

16. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 276.

17. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 279-281.

18. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 399.

se trouvait essentiellement la vérité du droit »¹⁹. Le résultat de ce formalisme est « en quelque sorte la naissance de la légalité, non en tant que simple conformité à la loi, mais plutôt à une science et une tradition capables de s'incorporer les lois pour les interpréter et leur donner sens »²⁰.

Prolongeant sur ce point les analyses de Schulz, lequel soulignait combien, même pendant la période qu'il appelle « hellénistique », les juristes romains sont restés réservés à l'égard de la philosophie (morale) grecque (mais non de la méthode dialectique) – car de « la nature de la justice », ils n'avaient rien à dire²¹ –, Schiavone insiste sur la très grande différence entre le *ius* romain et le *nomos* grec : tandis que le second se confronte à une idée substantielle de justice, relevant d'une réflexion éthique liée à la politique, le premier consiste en une conformité aux protocoles d'une tradition ritualiste régénérée par la technicité de la science ; l'éthique en a été exclue et le mot de « justice » est « presque absent » des écrits des juristes romains. Ce n'est pas encore un positivisme d'avant la loi ou d'avant la lettre si, comme Schulz, l'on associe le positivisme à la seule description et connaissance du droit positif : les juristes romains n'ont certes aucun goût pour la recherche de l'État idéal ou de la loi idéale ou même pour les approches méthodologiques telles que la théorie de l'interprétation des lois, ils sont en revanche très attachés à développer leur droit en vue de résoudre des problèmes concrets de la vie quotidienne²². On ne peut même pas dire, avec Schiavone, qu'ils préférèrent une autre valeur que la justice : simplement, ils ont construit le *ius* sur un « prérequis culturel et anthropologique » qui est la *virtus* républicaine laquelle fait de « la solidité du lien social et du primat de la communauté sur ses composants » les seules finalités du *ius*.

On mesure ainsi que la « conquête du formalisme » a son revers : c'est qu'il s'enferme dans la pure neutralité où l'idée de justice n'a pas de place. Et ce formalisme devra ensuite aménager une place à la « nouvelle vague grecque » en l'inscrivant dans le cadre conceptuel qui était

19. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 392.

20. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 396.

21. F. Schulz, *op. cit.*, 1946, p. 70 : « The nature of justice, a central problem in Greek philosophy, they do not discuss. About Natural Law, with which generations of Greek thinkers had occupied themselves, the republican jurists have not a word to say. They certainly drew on Natural Law, but, in Aristotle's terminology, this was relative Natural Law, not absolute ». On sait que M. Bretone, *op. cit.*, p. 341, conteste ce point en faisant remarquer que Schulz se laisse abuser par le préjugé selon lequel dès lors qu'elle n'est pas proclamée haut et fort, la philosophie n'existe pas.

22. F. Schulz, *op. cit.*, p. 71.

désormais l'identité des juristes romains : ils ont alors cherché, nous dit Schiavone, à concilier le dispositif formel avec une vision du *ius* où avaient leur place des éléments substantiels. C'est à cela qu'a servi la « vieille notion d'équitable » et « le résultat fut la naissance du jusnaturalisme »²³ qui se traduit par une définition extensionnelle du droit que l'on trouve dans la *Rbetorica ad Herennium* : « le droit comprend la nature, la loi, la coutume, les précédents juridiques, l'équité, le pacte »²⁴.

Cette simple référence à la nature ne correspond pas encore à un paradigme jusnaturaliste. Ce dernier est introduit par Cicéron, avant Ulpien, qui accomplit le pas décisif nous dit Schiavone, donnant une base philosophique au droit positif romain, en recommandant d'aller puiser la connaissance du droit au cœur même de la philosophie. Et l'on voit ainsi la loi être définie comme « une raison suprême inscrite dans la nature qui dicte ce qu'il faut faire et interdit le contraire » ou encore : « la loi est cette même raison lorsqu'elle est enracinée et développée dans l'âme humaine »²⁵. Ulpien ira jusqu'à faire dériver *ius* de *institia*, renversant l'étymologie nous dit Schiavone – mais d'autres semblent prendre cette dérivation au sérieux qui ajoutent que Ulpien citait une définition bien connue de Celse pour qui le droit était l'art du bien et de l'équitable²⁶.

À quoi pouvait bien servir aux formalistes romains ce jusnaturalisme inspiré des Grecs ? Allait-il devenir, comme en Grèce, un moyen de critiquer l'ordre positif, la norme morale s'opposant volontiers au commandement politique ? Au contraire : le droit naturel allait accompagner le formalisme et permettrait d'en compenser les rigidités et d'élargir la perspective : il suffisait qu'il fût traduit en une catégorie et on lui trouva le nom d'équité²⁷. Encore une fois, on procéda par intégration.

Les pages que je viens de (tenter de) résumer (ou mieux, de paraphraser) dressent certes les contours et les reliefs d'un monde

23. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 405.

24. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 406.

25. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 408.

26. P. G. Stein, *The Jurists Philosophy of Law*, *op. cit.*, 2007, p. 23, « quoted the famous definition of Celsus (again called “elegant”) that law was the art of goodness and fairness. This definition has been dismissed as a mere rhetorical flourish but recently there has been a tendency to take it more seriously ». Il renvoie à P. Cerami, *La concezione celsina del ius, Presupposti culturali e implicazioni metodologiche 1 : l'interpretazione degli atti autorativi*, Palerme, 1985 ; F. Gallo, « Sulla definizione celsina del diritto », *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n° 53, 1987, p. 7 et s. (repris dans *Opuscula selecta* (F. Bona et M. Miglietta éd.), Padoue, 1999, p. 551 et s.) ; et V. Scarano Ussani, *Empiria e dogma : la scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Turin, G. Giappichelli, 1989.

27. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 411.

englouti dont il serait à la fois vain et absurde de vouloir retrouver la trace dans le nôtre. Ce n'est pas non plus le lieu ici de répondre à une question aussi vaste que celle que Schiavone nous incite à poser : que signifie penser abstraitement le droit aujourd'hui ? La question initiale de Schiavone conserve une étonnante actualité pour le théoricien du droit et, mieux encore, la démonstration de Schiavone nous conduit à la diviser. Un aspect de la question concerne les modes de production des concepts juridiques, un autre aspect concerne le concept de « droit » qu'il conviendrait de penser abstraitement et la question devient celle de savoir si l'on peut concevoir des concepts communs à tous les systèmes juridiques.

Si la seconde question a obsédé et obsède encore la théorie générale du droit, ce que l'on appelle en anglais la *General jurisprudence*, il n'est pas certain que la première ait retenu toute son attention. Essayons d'en dire quelques mots.

Comme on l'a vu, les concepts des juristes sont « d'étranges outils » pour paraphraser Paul Veyne, qui, à propos des concepts dont se sert l'histoire, distinguait les concepts *top-down* des sciences déductives et ceux *bottom-up* des sciences naturelles : les premiers « sont des abstractions parfaitement définies par une théorie qui permet de les construire et elles n'apparaissent qu'au terme de longues explications théoriques » tandis que les seconds « donnent lieu à une analyse empirique » au terme de laquelle « le biologiste cherchera des critères qui permettent de distinguer animaux et végétaux, et il dira si la baleine est un poisson ; à la fin, les poissons du biologiste ne seront plus ceux du sens commun »²⁸.

En admettant cette distinction pour opératoire, au moins à titre de comparaison heuristique, le lecteur de Schiavone ne peut qu'être frappé par le fait que les concepts dont se servent les juristes romains ne relèvent ni tout à fait de l'une ni tout à fait de l'autre : aucune théorie ne les définit précisément et quand bien même ils s'appuient sur le sens commun ou sont tirés de l'expérience, ils ne correspondent pas à des objets du monde réel mais ressemblent bien plutôt à ceux que manipulent les philosophes. Ce n'est d'ailleurs pas par hasard que les discussions des juristes sont si souvent empreintes d'une dimension ontologique et qu'il arrive aux juristes d'être victimes de l'illusion que leurs catégories, toutes leurs catégories, reflètent le monde réel. Or, même une fois définis et posés comme des concepts spécifiquement juridiques, leur définition ne se suffit jamais

28. P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, « Points histoire », 1996 [1971], p. 89.

à elle-même mais donne lieu à son tour à d'autres définitions qui bien souvent se traduisent par des illustrations casuistiques et exemplificatrices, lesquelles montrent **le limites** du formalisme juridique en même temps que sa nécessité. Ajoutons que tous les concepts juridiques ne sont pas logés à la même enseigne. Il arrive aussi que le droit crée des concepts qui ne sont tirés ni du sens commun, ni d'une théorie spécifique. Ce sont des catégories qui sont le résultat d'une nécessité, parfois confuse, mais bel et bien éprouvée comme telle. Ainsi, par exemple, des animaux désormais officiellement subsumés en droit français sous le concept d'« êtres vivants doués de sensibilité » et dont personne ne sait ce qu'il recouvre.

Il y a enfin **autre chose** que Schiavone nous fait toucher du doigt : **l'idée que les** catégories juridiques comme reflet du monde ou grille d'analyse officielle du monde sublunaire est une stratégie de neutralité très puissante et nécessaire.

D'où le « formalisme » bien connu des juristes. Encore que le terme soit ambigu ; il fait partie à la fois du langage des juristes et de leur métalangage ; employé dans un sens spécifique, il donne lieu en général à des jugements dépréciatifs. Ce « formalisme » n'est pas celui des juristes romains que décrit Schiavone car ces derniers ne sont pas obsédés, comme le seront les juristes modernes, par la déduction de règles à partir d'autres règles ou de principes supérieurs et prétendument objectifs. En revanche, la ressemblance de famille ou disons le point commun aux deux formalismes réside dans cette ontologisation des catégories juridiques, laquelle résulte moins d'une erreur de raisonnement ou d'une illusion cognitive que d'une stratégie voire d'une nécessité à laquelle sont inévitablement conduits les juristes qui cherchent à « penser le droit abstraitement ».

C'est que les juristes sont eux-mêmes partagés ou écartelés entre les points de vue pratique et théorique et leur discours évolue sans cesse entre le descriptif et le normatif, passant imperceptiblement de l'un à l'autre. Dans leur activité d'analyse du droit, les juristes sont simultanément conduits à décrire les motivations juridiques des autorités qui appliquent le droit, à faire des prédictions sur les normes qui seront décidées à l'avenir, et à évaluer leurs propres descriptions ou prédictions à l'aune de ce qui a déjà été jugé. Ces prédictions ne portent pas sur toutes les décisions qui seront prises de façon abstraite et générale, mais sur celles qui sont probables ou encore raisonnablement concevables. Dans ces conditions, les propositions de *lege lata* des juristes semblent n'être ni purement descriptives ni purement

normatives²⁹. Cette superposition ou juxtaposition du discours descriptif et prescriptif peut donner lieu à deux conclusions très différentes : les uns y verront une modalité spécifique du discours, au-delà de la distinction description/prescription et iront jusqu'à reconnaître entre les deux une simple différence de degré ; les autres y voient une succession d'usages différents du langage et maintiendront une différence de nature.

Il faut ajouter qu'une même autorité peut se trouver elle aussi prise dans cette modalité de discours. S'il est vrai que la description d'une règle comme valide, émanant par exemple d'un juge, peut difficilement être interprétée comme la prédiction de ce que ce même juge considèrera comme une norme valide, en revanche, cette même description peut parfaitement porter sur ce que cette même autorité pense que les autres juges (ou autres autorités d'application) tiendront pour valides à l'avenir et constituer ainsi une prédiction de ce que feront ou diront les autres autorités. Et cette même prédiction peut aussi être utilisée comme une norme pour servir de fondement à une évaluation de la validité d'une autre norme.

Ainsi, les juristes professionnels produisent des normes au travers d'une activité prétendument cognitive, ou pour le dire plus clairement, une activité dont ils s'échinent à montrer qu'elle reste cognitive. Ils produisent des normes au moyen d'autres normes ; ils produisent des normes implicites ; ils créent des principes et produisent leur concrétisation ; ils créent des distinctions, des doctrines, des concepts qui, à la différence des concepts des autres « sciences sociales » sont eux-mêmes repris par le droit positif. Autrement dit, ils forment un monde ou contribuent à le former. Or, comme le montre très bien Schiavone, ce monde se constitue selon certaines formes et dans un certain langage qui se veut celui d'une science intrinsèquement liée à son objet et non détachée de lui et, dans le même temps, sans cesse en quête de sa propre neutralité. Bref, les juristes forment un monde mais s'efforcent aussitôt de le faire apparaître comme le monde ordinaire et commun et antérieur à eux.

Cette situation entraîne bien souvent comme conséquence une certaine confusion conceptuelle, une confusion entre les concepts du droit – les contenus de signification que le langage du droit attribue à certains termes – et les concepts métajuridiques – les contenus de signification que les juristes qui analysent le droit positif attribuent

29. S. Eng, « Fusion of Descriptive and Normative Propositions. The Concepts of Descriptive Proposition and Normative Proposition as Concepts of Degree », *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, p. 236-260.

eux-mêmes à ce dernier. Cette confusion s'explique volontiers voire se justifie parfois car un grand nombre de concepts juridiques ne sont eux-mêmes pas définis par le droit, c'est-à-dire par les dispositions qui les emploient.

Dans le droit moderne, c'est aux juges qu'il reviendra en définitive de décider de leur extension. Ils n'auront pour ce faire pas d'autre choix que de recourir à des définitions stipulatives. C'est là qu'intervient une double difficulté : quel sera le fondement de ces stipulations et quelle sera la nature des assertions par lesquelles un juge stipule une définition ?

Deux réponses sont envisageables. Pour l'une, les juges procèdent à l'aide de définitions stipulatives et de jugements analytiques : ils stipulent la définition d'une catégorie juridique puisque tel fait Y entre dans la qualification juridique X et cette stipulation est invérifiable empiriquement puisque le concept juridique X ne dit rien sur le monde. Cette assertion, dit Bulygin, est une « assertion interprétative » et « elle se fonde sur des règles métalinguistiques qui sont soit découvertes dans l'usage ordinaire soit stipulées par les juges mais l'assertion elle-même reste purement interprétative »³⁰. Autrement dit, si la décision du juge par laquelle il stipule une règle sémantique est sans doute fondée sur des évaluations, « l'assertion interprétative qu'il utilise pour justifier son verdict n'est pas un jugement de valeur, c'est une assertion analytique dont la vérité dépend des termes qui le composent »³¹.

Mais cette position suscite une objection en ce qu'elle présuppose d'une part l'existence de règles métalinguistiques découvertes dans l'usage ordinaire et d'autre part la force irrépessible de ces règles. Or, en admettant que des règles métalinguistiques existent, doit-on nécessairement en inférer qu'elles s'imposent à toute forme de communication, y compris juridique ? On retrouve alors le formalisme propre au droit que l'on a aperçu tout à l'heure et que tout juriste éprouve dans l'activité d'interprétation du droit : parce que le droit est une recherche permanente de stabilité, le principe de conservation domine qui exige que tout changement soit justifié³². Ce n'est donc pas tant parce que la communication juridique est identique à la communication ordinaire que l'on fait si souvent le choix de suivre

30. E. Bulygin, *Norme, Validità e Sistemi Normativi* (trad. P. Comanducci et R. Guastini), Torino, Giappichelli, 1995, p. 268.

31. *Ibid.*

32. P. Day, « Presumptions », *Proceedings of the Fourteenth International Congress of Philosophy*, Vienne, Herder, 1970, Vol. V, pp. 137-143.

l'usage ordinaire. Mais au contraire : il s'agit bien d'un choix, justifié par un objectif, **ceui de** garantir la stabilité du droit et qui suppose donc une attitude philosophique ou méthodologique **que d'aucuns** rendent compte par « formalisme ». En d'autres termes, si les concepts juridiques ne disent effectivement rien sur le monde, les définitions jurisprudentielles sont en fait toujours stipulatives : soit explicitement, soit implicitement ; et parce que le contexte de communication linguistique juridique n'est pas celui de la communication ordinaire, se fier à l'usage ordinaire d'un terme revient bel et **bien prescrire** que tel usage doit être respecté. C'est ce qui permet de comprendre les nombreuses divergences que l'on voit à l'œuvre au sein des juridictions qui ont pris l'habitude de se référer à l'usage ordinaire. Cette thèse a aussi des conséquences en ce qui concerne l'assertion interprétative : cette dernière n'est pas analytiquement vraie mais doit plutôt être vue comme une norme qui consiste à assigner une signification – et une seule – à un fait.

Ces stipulations résultent certes de décisions qui tiennent à la seule personnalité des juges. Mais ces mêmes juges sont eux aussi pris dans des institutions dont ils s'efforcent de n'être que des « organes ». On retrouve ici l'effort de neutralité des juristes dont parle très bien Schiavone à propos des Romains : il n'y a à cet égard rien d'étonnant à voir que la valeur de neutralité de la science juridique coïncide avec la mise en place d'institutions fortes ³³.

La « science juridique » telle que Schiavone la voit se dessiner chez les juristes romains semble donc n'avoir jamais disparue. Non que les juristes soient toujours formalistes aujourd'hui et de la même façon qu'ils l'étaient hier. Mais ils sont toujours en recherche d'une autonomie de leur savoir et en tension à l'égard de cette même autonomie. En un mot, le formalisme est constitutif des juristes : ce n'est pas nécessairement le formalisme conceptualiste et déductif mais plutôt ce réalisme ontologique qui vise à faire de concepts mentaux des réalités sociales, lequel est une stratégie des juristes pour rapprocher ou mieux ramener le droit à la « nature des choses » et qui semble traverser les époques voire les transcender.

Pierre BRUNET
Professeur de droit public
École de droit de la Sorbonne – Université Paris 1

33. Cela ne veut pas pour autant dire qu'il y ait une causalité.