

**LA STRUCTURE CONCEPTUELLE DES CONTROVERSES JURIDIQUES :
PETITE ANATOMIE DES CAS DITS « DIFFICILES »**

Nicholas LEGER-RIOPEL

Agnès VIAUD¹

Lex Electronica, vol. 18.2 (Automne/Fall 2013)

Sommaire

PROLEGOMENES	2
I. (NON) CONTROVERSE ET (NON) INCOHERENCE JURIDIQUE : L'ART DE LA SOLUTION UNIQUE.	5
1. LA CONCEPTION JURIDIQUE DU MONDE AU COIN DU POSTULAT DE COMPLETEUDE	5
2. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES : CLARTE TEXTUELLE ET SECURITE POUR LE DROIT	11
II. LA CONTROVERSE : REPRESENTATION SPECIFIQUE DU SAVOIR JURIDIQUE.....	15
1. (IR)RATIONALITE ET NIVEAUX DE COHERENCE	16
2. LA CONTROVERSE JURIDIQUE ENTRE FACTUALITE ET NORMATIVITE : LA GENESE DU « FAIT » EN DROIT	19
CONCLUSION	26

¹ Nicholas Léger-Riopel est avocat et doctorant en droit, Université de Montréal. Agnès Viaud est chargée de cours et doctorante en droit, Université de Montréal/Université Lumière Lyon 2.

Prolégomènes

« Le savoir juridique pourrait bien être actuellement en crise ; la réflexion sur ses faiblesses s'impose et, avec elle, l'étude des bases des connaissances mises en œuvre »².

Les juristes, qu'ils soient praticiens ou universitaires, aiment à penser que le droit est unitaire, qu'il leur apportera l'unique réponse dont ils ont besoin. La controverse n'aurait donc pas sa place en droit car il n'existerait qu'une bonne réponse. Le savoir juridique, dans sa représentation dominante, apparaîtrait sans lacune, chaque cas pouvant entrer dans une catégorie donnée et spécifique d'une taxonomie par ailleurs conçue comme cohérente :

« Le dogme de la solution unique est tout entier ramassé dans ces deux formules du doyen Ripert : l'objet du culte est la règle jurisprudentielle existante, les lieux du culte sont les prétoires et la doctrine est gardienne du temple. Sa liturgie est l'incarnation de la sécurité juridique »³.

Les juristes entretiennent cette illusion, adoptant un discours se voulant neutre et descriptif, le texte de loi présumé comme ne posant pas de difficultés d'interprétation. La solution unique est donc un véritable dogme auquel l'adhésion a été expliquée par les auteurs comme principalement mue par des impératifs de sécurité juridique.

« Le droit doit être une « fiction efficace », il doit avoir l'air scientifique, projeter l'image d'un corps systématique de règles fondé sur des principes rationnels. À défaut d'être de la science, il doit s'en donner la forme. Il doit se montrer neutre, sans idéologie, a-politisé, à la recherche de la seule « vérité juridique ». Ainsi, la « science des lois » s'est « maquillée » de plusieurs des artifices de la science exacte. Elle a d'abord adopté un discours savant, une langue qui porte les marques d'une rhétorique de l'impersonnalité et de la neutralité. L'emploi de verbes constatifs, du présent de l'indicatif, d'adjectifs indéfinis et de termes génériques pour décrire le devoir-être a marqué les consciences des juristes et ancré dans la pensée autant que dans le langage une certaine conception du droit. L'emploi d'un langage

² Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p.9.

³ Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique (Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé)*, Thèse de doctorat: Droit Privé, Aix Marseille 3, 1999, p. 103.

neutre et universel a entraîné à la longue l'emploi du jargon propre aux protocoles de recherche scientifique »⁴.

Cependant, la controverse⁵ est inhérente à tout système juridique. Issue du latin *controversia*, elle renvoie à l'idée de choc et de mouvements opposés. Ce terme évoque également le débat, la contestation et la discussion⁶. La controverse se définit comme une période de doute, celle précédant une prise de décision. Il s'agit de « l'étape d'incertitude préparatoire à la décision »⁷, cette dernière devant apporter une vérité ou une certitude. Ainsi, il s'agira soit de la controverse jurisprudentielle, qui attend d'être tranchée, soit de la controverse doctrinale, qui correspond alors à « un désaccord sur un point de droit entre les juristes qui ne sont pas investis d'un pouvoir de dire le droit, ni entre les parties à un procès, ni de manière générale »⁸.

L'existence de controverses pourrait exposer la discrétion dont peut être investie une variété d'acteurs appelés à mobiliser le savoir juridique. Le droit ne serait donc pas complètement cohérent, le langage issu des textes juridiques non dénué de difficultés. La normativité se présente alors sous un jour plus complexe, empreinte de raison pratique ne se limitant pas à une pure logique formelle. Reconnaître la complexité juridique permet de laisser la porte ouverte à la reconnaissance de la controverse, en « désenchantant » le dogme de la solution unique. Il est dès lors permis d'entrevoir ces cas qualifiés de « difficiles », dont le traitement est irréductible à la seule mobilisation de ce que nous pourrions qualifier de « taxons juridiques ».

⁴ Richard OUELLET, « C'est une révolte. – Non, sire, C'est une révolution. Tentative de métaphore sur la transition paradigmatique du droit », (1999) 30 *R.D.U.S.* 205, p.214/215. Le « dogme » de la solution unique pourrait avoir pris forme dans une variété de traditions juridiques où l'émergence d'une conception « scientifique » du droit a coïncidé avec le double objectif d'augmenter la prédictibilité de la solution juridique, et d'en favoriser l'imperméabilité aux pressions du pouvoir politique. Nancy COOK, « Law As Science : Revisiting Langdell's Paradigm in the 21st Century », (2012) 1-1 *North Dakota Law Review* 88, p. 21. Voir également P. AMSELEK, « La part de la science dans l'activité des juristes », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

⁵ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2004, *sub verbo* controverse : « Discussion sur un désaccord (exprime à la fois l'action des antagonistes et le partage des avis) ; discordance des opinions sur une question de droit (parfois de fait) ; débat d'idées contradictoires ; dissentiment des juristes, le plus souvent des auteurs (controverse doctrinale) sur un point d'interprétation (sens d'un texte) ou de législation (opportunité et orientation d'une réforme) ».

⁶ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, *sub verbo* controverse.

⁷ *Id.*, p.116.

⁸ *Id.*, p.117.

Au-delà de la raison formelle, ou analytique, sous-tendue par des objectifs de systématisation et de cohérence du droit, la *raison juridique* pourrait devoir autant à l'analytique et au formel qu'à cette *raison pratique*⁹ qu'ont ouvertement tenté de mettre à jour une variété d'auteurs de différents horizons¹⁰.

Il est, dès lors, possible de penser que les faits pourraient jouer un rôle insoupçonné dans la mise en œuvre de cette raison juridique, même s'ils ont, pendant très longtemps, été laissés de côté à titre d'objets valables d'étude¹¹. Ils permettent de démontrer la part d'indétermination aussi bien du langage que des constructions factuelles que mobilise la raison juridique. Les faits n'apparaissent donc pas neutres et pourront être déterminants dans la distinction de ce qui semble être des cas « faciles » et ce qui semble être des cas « difficiles ». L'interaction entre les faits et le droit participerait de la controverse.

Ainsi, il est intéressant de s'interroger sur la nature de la controverse, que ce soit du côté de son absence, mais également du point de vue de son existence. En effet, il y a-t-il des postulats permettant de considérer qu'il n'existe pas de controverse en droit ? Sinon, comment une controverse se forme-t-elle ? Quelles sont les perspectives théoriques qui peuvent permettre de mettre au jour les controverses ?

La vision classique du droit impose une solution unique grâce à l'illusion de la complétude du droit, classé en diverses catégories, des acteurs ayant un langage neutre passant par un discours descriptif, le tout dans un objectif de sécurité pour le justiciable, mais également – et peut-être surtout – pour le juriste¹². Il ne pourrait donc pas exister de controverse en droit, ce dernier étant parfaitement cohérent, et ce même si un tel raisonnement comporte de nombreuses

⁹ Dans le contexte plus particulier d'une réflexion sur les rapports de proximité qu'entretient la raison pratique avec le droit, voir : Paul DUBOUCHET, *Droit et épistémologie : l'Organon du droit*, Paris, l'Harmattan, 2008, et également Pierre NOREAU, « L'épistémologie de la pensée juridique, de l'étrangeté... à la recherche de soi », (2011) 52 n° 3-4 *C. de D.* 687, 699.

¹⁰ Rappelons que le professeur Christian Atias, alors *Boulton Senior Fellow* à l'Université McGill, avait constaté à la lecture du rapport du *Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit* que la structuration institutionnelle du monde de la recherche juridique est elle-même marquée au coin d'une opposition radicale entre le champ de la raison « théorique » et celle relevant de programmes de recherches plus synchrones avec les besoins de connaissance plus immédiatement liés à la pratique du droit. Christian ATIAS, « Quand dire, c'est faire l'inverse de ce qu'on dit. Une critique de l'opposition entre théorie et pratique juridiques », (1987) 28-1 *C. de D.* 89, p.98.

¹¹ La « sous-problématisation » de la factualité n'est pas le propre de la discipline juridique en ce que le statut du « fait » constitue un enjeu pérenne de la réflexion plus générale sur les sciences contemporaines. Voir, Dominique LECOURT, *La philosophie des sciences*, 5^e édition, PUF, 2010.

¹² Guy ROCHER, « Les cultures juridiques professionnelles et profanes », (2007) 5-1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 3.

limites (I). En effet, la prise en compte des faits, en plus des seules règles de droit, révèle à la fois une complexité, une certaine discrétion des acteurs juridiques, mais également une certaine rationalité juridique. La controverse est alors une conséquence d'une représentation particulière du savoir juridique, qui permet de démontrer différents niveaux de cohérence et de rationalité juridique (II).

I. (Non) controverse et (non) incohérence juridique : l'art de la solution unique.

La solution unique, dogme sur lequel se fondent les juristes, suppose qu'il ne peut y avoir de controverse en droit. Pour chaque situation, il existe une solution et une seule. Ce dogme se caractérise par certains présupposés, telle la complétude du droit, organisé en catégories juridiques, la neutralité du discours juridique ainsi que la théorie du sens clair de l'acte. L'objectif recherché par le dogme de la solution unique est une certaine sécurité, aussi bien pour le droit que pour les justiciables. Le droit s'inscrit alors dans un monde idéal autosuffisant (A) qui lui permet d'assurer une certaine sécurité juridique (B).

1. La conception juridique du monde au coin du postulat de complétude

La complétude du droit est un postulat très ancien¹³ qui présuppose que le droit ne comporte aucune lacune. Tous les cas d'espèce trouveraient une solution en droit. Cependant, certains auteurs ont estimé qu'à partir du moment où il n'existerait pas de règles générales se rapportant au cas concret, il y aurait une lacune ou un vide juridique, suivant les expressions consacrées. Cette argumentation a été remise en cause, notamment par Kelsen qui s'exprimait de la façon suivante :

¹³ Le professeur Geoffrey Samuel attribue au nominalisme de Guillaume d'Occkham (1285-1347) l'émergence d'une phase qu'il qualifie de « déductive » dans la représentation du droit en cours dans différentes traditions juridiques qui participent toutes, à des degrés variés, du postulat de complétude du droit : Geoffrey SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Chippenham, Ashgate Publishing, 2003, p. 68 et suiv.

« [...] il résulte que les tribunaux peuvent toujours décider des cas concrets qui leur sont soumis en leur appliquant l'ordre juridique; ceci reste vrai même dans l'hypothèse où le tribunal saisi estime que cet ordre ne contient pas une norme générale qui règle la conduite du défendeur ou de l'accusé de façon positive, c'est-à-dire qui leur impose l'obligation à une certaine conduite - celle précisément dont le demandeur privé ou l'accusateur public affirment qu'ils ne l'ont pas adoptée. Dans ce cas en effet, leur conduite est réglée par l'ordre juridique de façon négative, c'est-à-dire que, ne leur étant pas juridiquement défendue, la conduite en question leur est en ce sens permise. Cependant, la doctrine traditionnelle donne de ce cas - du moins dans certaines circonstances - une tout autre interprétation : elle le présente comme une « lacune (Lücke) » de l'ordre juridique »¹⁴.

Pour Kelsen, il n'existe donc pas de lacune juridique, même en l'absence de règle générale permettant la résolution du cas, car le concept d'« ordre juridique » permet de combler ce vide. Ce concept peut également être rapproché de celui de « principe », cher à Dworkin, qui permet au juge de trouver la solution d'un litige lorsque la norme juridique ne le permet pas¹⁵. Le postulat de la complétude du droit peut donc être compris de deux manières. D'une part, certains l'envisagent comme un « système textuel fermé – tous les cas peuvent être résolus à partir des textes et de leurs conséquences – d'autres comme un système logique fermé – tous les cas peuvent être résolus à partir des normes et de leurs conséquences »¹⁶. Dans tous les cas, cependant, il s'agit ici d'un véritable dogme positiviste. En effet, pour les juristes, il ne peut exister de vide juridique, ce qui participe de la cohérence du droit. Comme l'a affirmé Charles Huberlant, les systèmes juridiques ne se composent pas essentiellement de règles juridiques cohérentes. Il existe également une non-contradiction entre ces règles qui en permettent une application en harmonie. Cela crée donc un esprit général au sein du système et permet de mesurer la cohérence des solutions appliquées¹⁷.

¹⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 329.

¹⁵ Ronald DWORKIN, *Taking right seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, no 1 et 2. Voir également, Christophe GRZEGORCZYK, François MICHAUT et Michel TROPER (dir), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 275 et suiv.

¹⁶ *Ib.*, p. 284.

¹⁷ Charles HUBERLANT, « Antinomies et recours aux principes généraux » dans Charles PERELMAN, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 211 et suiv. cité par Luc WINTGENS, *Droit, principes et théories: pour un positivisme critique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 101.

Ce postulat de la complétude du droit nécessite alors, pour être opérationnel¹⁸, que les règles et les normes soient organisées dans un ensemble cohérent afin d'éviter les contradictions. En effet, la juxtaposition de règles sans organisation dans un système entraînerait des divergences qui rendraient le droit incompréhensible¹⁹. C'est ainsi que le droit, dans un souci de cohérence, est organisé en catégories juridiques. À la méthode des sciences naturelles, il est organisé en « taxonomie juridique » qui en permet la systématisation²⁰. Les catégories juridiques permettent au droit d'entretenir sa cohérence, notamment grâce à l'objectivité et la rationalité qu'elles nécessitent. Elles mettent

« en relation un ensemble de situations factuelles d'une part, et un ensemble de règles de droit, d'autre part »²¹. « Le rattachement d'une situation juridique à une catégorie a pour effet de la soumettre aux règles de droit qui régissent celle-ci. Le droit procède ainsi par classifications pour insérer les réalités qu'il traite dans l'organisation du système juridique. Le recours aux catégories juridiques permet de renforcer la rationalité et la cohérence du droit; il permet aussi d'en faciliter l'application »²².

Cette systématisation du droit permet alors de conserver l'objectivité nécessaire et permet une rationalisation du raisonnement juridique. L'organisation ainsi créée participe de la cohérence du droit qui voit délimiter dans un espace clos chaque catégorie regroupant les règles et les situations factuelles qui lui sont applicables : une taxonomie prend forme. Le droit apparaît

¹⁸ Inspirée de certains postulats du positivisme logique, la recherche de concepts juridiques « opérationnels » renvoie à un pont lancé du monde des normes juridiques vers celui de la factualité empirique : les concepts juridiques devraient pouvoir agir comme outils d'intermédiation entre la factualité et la normativité. Le champ d'application de notions telles que la « bonne foi », le « dol », ou encore un article du *Code Criminel* devrait, dans une perspective opérationnelle, renvoyer à un certain nombre de situations factuelles et pouvoir également en exclure d'autres. Un concept ou une règle juridique non-opérationnels pourraient se heurter à des principes tels que le *nullum crimen sine lege* qui présuppose l'idée d'une possibilité pour le justiciable de connaître au préalable le champ factuel d'application d'une norme juridique. Pour une réflexion sur la notion d'opérationnalité appliquée au droit, voir H. COLLINS, « Legal Classifications as the Production of Knowledge Systems », dans P. BIRKS, *The Classification of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1997. Voir généralement, sur la notion d'opérationnalité : Hunter CROWTHER-HEYCK, *Herbert A. Simon: The Bounds of Reason in Modern America*, Baltimore, JHU Press, 2005, p. 65.

¹⁹ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 1989, p. 193.

²⁰ Michelle CUMYN, « La classification des catégories juridiques en droit comparé – métaphores taxonomiques », (septembre 2008) 110 *R. du N.* p. 3, présente la thèse du professeur Peter Birks sur les taxonomies juridiques issue de la nécessité de systématiser le droit privé britannique. Comme le rappelle également l'auteur Samuel, la thèse du professeur Birks montre que c'est principalement en raison de l'insuffisance (ou de la non-opérationnalité) des taxonomies juridiques– l'assise rationnelle qu'il qualifie d'essentielle pour toute pensée juridique-, que peut s'expliquer l'intérêt croissant du recours à certaines des approches mobilisant, dans le champ juridique, des rationalités et méthodes puisées auprès d'autres disciplines. Geoffrey SAMUEL, préc., note 12, p. 72 et 222.

²¹ M. CUMYN, préc., note 19, p. 8.

²² J-L BERGEL, préc., note 18, p. 202 et 204.

ainsi comme un système cohérent, dans lequel chaque situation peut être rangée dans une catégorie, participant alors à trouver la bonne réponse à la situation. Cette organisation évite ainsi toute divergence et donc toute controverse. Cette dernière est également évitée ou niée grâce à la neutralité du discours.

Le dogme de la solution unique est prôné par la doctrine qui, au fil du temps, est passée d'un discours controversiste à un discours plus neutre. En effet, le positivisme a cantonné le raisonnement et la connaissance juridique dans une position descriptive. L'objectif du langage juridique est alors de décrire la réalité, c'est-à-dire le droit tel qu'il est, sans critique. De là, la controverse apparaît inexistante, car le langage juridique doit rester passif et neutre. Ainsi, par un effet de rhétorique, cette neutralité apparente se veut plus descriptive que prescriptive. La doctrine semble alors soumise à la jurisprudence.

«La prétention théorique à épurer les concepts juridiques de leur contenu religieux, moral ou politique, se traduit pour la doctrine de droit privé par une propension à neutraliser son propre discours. Elle délaisse le discours controversiste et ouvertement prescriptif au profit d'une rhétorique descriptive. Cela est d'autant plus sensible que le discours doctrinal véhicule le désir de stabilité et de permanence des institutions et des solutions à travers la constatation de l'unité du droit »²³.

La logique juridique prend forme avec le contenu qu'elle édicte, ce qui la rend normative. Cette caractéristique est pourtant en décalage avec l'objectif du discours juridique qui se veut scientifique, c'est-à-dire qui sert à expliquer. Au lieu de dire ce qui est, le discours juridique prescrit ce qui doit être. « Elle ne résout pas les contradictions, elle les efface, les dépasse. Elle tranche »²⁴. La logique juridique devait donc avoir des réponses à toutes les questions qui pouvaient se poser, sans que les juristes aient besoin d'aller chercher en dehors du champ juridique les réponses et sans recourir à une logique autre que juridique. « La logique juridique force donc à aborder le droit comme un système clos et autonome, à l'abri des polémiques et des débats sociaux qui traite la dialectique et loin de la recherche fondamentale dont se chargent les

²³ M. BOUDOT, préc., note 2, p. 69.

²⁴ R. OUELLET, préc., note 3, p.216.

sciences »²⁵. Le droit fonctionne donc comme un vase clos, sans nécessiter de s'ouvrir à l'extérieur.

En laissant le juge maître de l'interprétation de la norme et de la règle de droit, la doctrine inspire à se donner les moyens d'apprécier et de critiquer le travail effectué par les cours. La doctrine utilise ou tente d'utiliser un exposé scientifique et rationnel, nécessaire à sa neutralité apparente²⁶. Le discours juridique apparaît donc comme déductif et hypothétique. Ainsi, les doutes et les ambiguïtés doivent être rejetés au nom de principes qui gouvernent le système juridique. La pensée juridique se traduit par une systématisation et une cohérence structurelle. Le droit est donc issu des codes plutôt que d'une hypothétique évolution jurisprudentielle²⁷.

Les auteurs Ost et Van de Kerchove ont proposé d'adopter une perspective « externe modérée »²⁸. En effet, ces auteurs souhaitent éviter de devoir se placer soit d'un point de vue purement externe, soit d'un point de vue purement interne. Ils proposent alors de regarder du balcon, duquel il est possible de voir la scène, mais également de prendre de la hauteur vis-à-vis de la pièce²⁹. « Ces auteurs proposent, pour éviter les distorsions des deux perspectives considérées isolément, la construction d'une théorie interdisciplinaire du droit qui aurait comme source la sociologie, la psychologie, et la dogmatique juridiques. Cette théorie chercherait l'articulation (et non seulement la juxtaposition) des perspectives offertes par ces disciplines »³⁰. La description de l'idéal-type, c'est-à-dire du modèle officiel sera donc suivie d'une confrontation de ce dernier au champ du social, soit à la réalité et à l'effectivité de son application. Le droit garde donc son autonomie tout en intégrant une partie d'interdisciplinarité

²⁵ *Id.*, p.218.

²⁶ Préc., note 5, *sub verbo* interne/externe, p.312 : « Selon la perspective interne, on essaie de comprendre les règles, les principes, et les institutions juridiques en cherchant à connaître leur signification pour ceux qui participent à leur interprétation en tant que juges, fonctionnaires ou citoyens. Dans cette perspective, on accepte aussi pour soi comme valides les valeurs exprimées au sein du système juridique. Selon la perspective externe, par contre, on essaie de comprendre la genèse et la nature du droit comme produit de causes externes, telles que l'économie ; de ce point de vue, on aborde les valeurs exprimées par ceux qui interprètent ce droit, sans pour autant accepter ces valeurs comme valides pour soi-même ».

²⁷ M. BOUDOT, préc., note 2, à la p. 106.

²⁸ Les auteurs entendent l'expression externe modérée dans le sens où il s'agit d'une perspective objective et permet de mener un raisonnement explicatif (dans le même sens que le raisonnement scientifique). Cependant, ce point de vue externe est modéré dans le sens où il prend en compte le sens des termes qu'une perspective interne donne, c'est-à-dire le sens donné aux termes par les acteurs juridiques. Ainsi, cette vision externe modérée « s'analyse comme une dialectique entre le paradigme de l'explication et celui de l'interprétation », François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 67.

²⁹ *Ib.*

³⁰ Préc., note 5, *sub verbo* interne/externe.

lui permettant de rendre, plus ou moins, compte de la réalité³¹. Cette prise en considération du social permet, d'après ces auteurs, d'acquiescer la nécessaire rupture épistémologique, nécessaire pour que le droit se constitue « en véritable science »³². Explication et compréhension sont donc reliées dans une tentative de dépassement d'une querelle de méthode qui n'est pas sans rappeler la notion wéberienne d'« explication compréhensive »³³.

Louise Lalonde propose quant à elle, une approche métathéorique réflexive, c'est-à-dire de construire la question de recherche en fonction de la représentation doctrinale, à savoir un discours positiviste et descriptif pour ensuite les confronter aux transformations du droit³⁴. Les coulisses représenteraient alors l'envers du discours doctrinal, c'est-à-dire expliquer ce qui se cache sous ce dernier. Ainsi, les coulisses permettent d'avoir une vision de l'implicite, que ne permet pas d'avoir le balcon. Comme l'a fait remarquer Ost, « sans doute la rupture épistémologique n'est-elle jamais radicale, de sorte que l'opposition entre les points de vue externe et interne ne saurait être absolue – de même que le balcon fait partie de la salle où se donne la représentation »³⁵.

Un déplacement, depuis de nombreuse année maintenant, du culte de la loi vers le culte de la jurisprudence a entraîné un besoin de stabilité et de fixité de la solution. Apparaît alors le culte du précédent, seul à pouvoir permettre de prédire la solution. Comme le précise Michel Boudot, c'est ce glissement méthodologique de la norme à la règle prétorienne qui entraîne la nécessité de la fixité de la loi et de la solution sûre. Pour cet auteur, c'est la répétition d'une solution qui en permet l'application et non sa qualité, qu'elle soit scientifique ou méthodologique. La liberté des juristes serait alors limitée par la nature même du droit, ce

³¹ François OST, « Pour ou contre ? Défense et illustration d'une distinction », (janvier 1986) 2 *Droit et société* 137, p. 138.

³² Ibid, p.139.

³³ Les auteurs Ost et Kerchove ont introduit la notion de point de vue « externe modéré » dans le cadre plus général de travaux érudits sur ce qui est désormais convenu de qualifier de « querelle de méthode » (*Methodenstreit*) qui, quoique pérenne aux sciences humaines, n'est pas sans influencer de nombreuses propositions théoriques concernant le droit. Voir : François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés Saint-Louis, 2002.

³⁴ Louise LALONDE, « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », (2012) 68 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 49, p. 52/53. L'auteure explique l'approche métathéorique réflexive qui est une « hypothèse heuristique [qui] conjugue, comme regards externes, à la fois la métathéorie du droit et la réflexivité. La première pourrait constituer une rupture épistémologique suffisante à la reconnaissance de la scientificité de la recherche ; la seconde contribuerait à dépasser la simple dialectique entre interne et externe afin de participer à la construction de la connaissance sur le droit ».

³⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 27, p.74.

dernier se devant de demeurer stable. La controverse apparaît donc comme un facteur d'insécurité, touchant à la stabilité même du droit.³⁶.

Toutefois, la neutralité du langage utilisé est à relativiser. En effet, « [...] *la science du droit ne peut prétendre, comme la physique ou la chimie, être froidement descriptive, car les doctrines des juristes se veulent destinées à guider la jurisprudence* »³⁷. En outre, « [...] *le positivisme juridique [prétend déposer] les jugements de valeur [...] Il a illusion de le faire ; en réalité il prend position, même s'il ne s'en aperçoit pas et croit être objectif. La prétention d'être éthiquement neutre est infondée* »³⁸.

Cependant, la neutralité du discours reste, tout de même, un objectif pour la doctrine. Cette dernière évite les discours fondés sur des valeurs, quelles qu'elles soient, afin d'éviter toute controverse. Il en est de même pour les juges, qui doivent se conformer, dès que possible, au texte de la loi. Est ainsi née la théorie du sens clair des textes, permettant, dans de nombreux cas, d'assurer une certaine sécurité juridique.

2. Les conséquences juridiques : clarté textuelle et sécurité pour le droit.

Les magistrats n'ont pas la possibilité de juger par des règles de droit général, devant se conformer à une conception syllogistique. Ce modèle fut quelque peu remis en cause et il est reconnu que les juges puissent détenir un pouvoir normatif, grâce à l'interprétation de la loi et des règlements. C'est par cette reconnaissance que des théories d'interprétation ont vu le jour, afin de délimiter les pouvoirs du juge et d'éviter l'arbitraire³⁹.

Il existe, en droit, une différence entre ce que les juristes appellent les textes « clairs » (sens clair des textes) et les textes « obscurs ». Monsieur Pierre-André Côté, dans son ouvrage sur l'interprétation des lois, parle de « doctrine du sens clair des textes »⁴⁰. Le premier suppose que

³⁶ M. BOUDOT, préc., note 2, à la p. 98.

³⁷ Jean-François GAUDREAU DES BIENS, « Identitarisation du droit et perspective épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire » (2000) 13 *Can. J.L. & Jur.* p. 33.

³⁸ Ch. GRZEGORCZYK, préc., note 14, à la p. 174.

³⁹ Renaud COLSON, *La fonction de juger – Étude historique et positive*, PU droit Clermont, LGDJ, 2006, p. 124.

⁴⁰ Pierre-André COTE, *Interprétation des lois*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p.326 ainsi que les références citées.

ses termes n'impliquent pas d'interprétation ou « *qu'il suffit d'ouvrir le dictionnaire pour en trouver le sens* »⁴¹. Dans l'arrêt *Sussex Peerage*, la cour précise que

« [traduction] Si les termes de la loi sont en eux-mêmes clairs et sans ambiguïté, il suffit de les prendre dans leur sens naturel et courant. Dans ce cas, ces termes constituent, par eux-mêmes, l'expression la meilleure de l'intention du législateur »⁴².

Ainsi, les termes d'un texte sont considérés comme clairs à partir du moment où ils sont en adéquation avec les valeurs du système dans lequel il opère. Le juge regardera le texte afin d'en déterminer la clarté⁴³.

« *On définira la clarté comme étant la propriété (variable) d'un champ conceptuel prescriptif, considéré à tel moment précis, de rendre prévisible son application (ou son inapplication) au plus grand nombre de classes d'objets qui existent en puissance dans le secteur de la réalité régie par lui* »⁴⁴.

Lorsque le texte est considéré comme clair, c'est-à-dire lorsque le sens des mots est évident, défini ou pris dans son sens commun ou courant, le juge n'a pas à l'interpréter, il lui suffit de l'appliquer. Ce dernier n'aura même pas à rechercher l'intention du législateur ou du créateur du texte, les mots se suffiront à eux-mêmes. Cette solution s'applique également lorsque les conséquences de l'application de la lettre du texte seraient absurdes, car le juge n'a pas à porter de jugement de valeur sur l'interprétation de la loi. En outre, il existe un préjugé suivant lequel le législateur serait rationnel⁴⁵. En effet, lorsqu'il adopte un texte législatif, il est réputé utiliser des termes clairs, sans ambiguïtés, pouvant être compris simplement. Ces termes sont supposés n'avoir qu'une seule signification. Une solution, même rigide, ne sera pas forcément considérée comme douteuse⁴⁶. Le législateur est donc considéré comme un acteur rationnel et cohérent du système juridique et sa volonté doit être appliquée quel que soit le résultat obtenu lors de cette application.

⁴¹ Théodore IVANIER, *Qu'est-ce qu'un texte clair ? (Essai de mathématisation)*, Paris, PUF, 1983, p. 150.

⁴² *Sussex Peerage*, (1844) 11 Cl. & Fin. 85, p.143 ; 8 E.R. 1034, p.1057.

⁴³ François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 12.

⁴⁴ Th. IVANIER, préc., note 40.

⁴⁵ Jeanne SIMARD, « L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique », (2001) 35 *R.J.T.*, § 26.

⁴⁶ *R. c. McIntosh* [1995], 1 R.C.S. 686, p. 704 : « lorsqu'une législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il aboutit à des résultats rigides, ou absurdes ou même contraire à la logique ».

Cependant, il est admis depuis maintenant bien longtemps que la clarté d'un texte suppose une interprétation et un jugement de valeur préalable sur ce texte. La théorie du sens clair des textes a alors été vivement critiquée, mais elle perdure, tout de même, dans l'ordre juridique.

« Une doctrine de l'interprétation juridique qui voudrait en demeurer à l'application de recettes de lecture textuelle, de simple recherche de l'intention du législateur, sans comprendre l'étendue des implications du judiciaire dans la gouvernance du monde qui émerge, ne ferait que laisser dans l'ombre la volonté de justice et de fraternité qui s'impose comme seule voie réaliste de survie de la communauté des humains »⁴⁷.

La théorie du sens clair de l'acte participe du dogme de la solution unique. En effet, un texte ne peut être soumis à interprétation si ses termes et son application ne posent pas de problème, la controverse étant alors évitée. Le dogme de la solution a pour objectif principal de participer à la sécurité du droit. En effet, il est difficilement concevable qu'une solution ne puisse être prévisible et que chaque cas soit soumis à une interprétation différente de la règle de droit. La sécurité juridique est donc le principe sur lequel se fondent les juristes pour éviter toute controverse au sein du système.

Le dogme de la solution unique participe de la sécurité juridique, concept nécessaire en droit afin de pouvoir prévoir la solution qui sera applicable au justiciable, mais également la réponse donnée par la juridiction. À chaque situation factuelle correspond donc une réponse juridique et une seule, ce qui permet de favoriser la sécurité des solutions en permettant la prédiction. Ce besoin est nécessaire au praticien du droit, qu'ils soient juges ou avocats. Le principe de la sécurité apparaît donc comme une valeur primordiale en droit⁴⁸.

En proscrivant la discrétion des juges, la sécurité participe de la solution unique. Ainsi, il est nécessaire pour les juristes de prévoir les décisions judiciaires, mais également de pouvoir les prévoir. Une fois ces deux actions possibles, la cohérence juridique est préservée et la solution pourra être trouvée. En effet,

« C'est une soumission volontaire à l'uniformité d'interprétation qui est censée donner au système sa cohérence. Elle est moins fonction d'un rapport hiérarchique, entendons d'une

⁴⁷ Jeanne SIMARD et Marc-André MORENCY, « L'interprétation du droit par les juristes : la place de la délibération éthique », (2011) 6-2 *Les ateliers de l'éthique/The ethic Forum* 26, p. 42, disponible sur <http://id.erudit.org/iderudit/1008030ar> (consulté le 19 août 2013).

⁴⁸ Charles PERELMAN, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p. 84.

conception normativiste, que d'une institution de nécessité. La sécurité juridique gouverne la recherche de la solution. Elle est, en droit français positif comme pour la doctrine contemporaine majoritaire, l'essence du droit, sa finalité dernière et le guide interprétatif permettant au droit de réaliser son essence. Elle procède à la fois d'une réflexion ontologique et axiologique. Mais là où la doctrine jusnaturaliste pourrait affirmer l'identité du Juste et du Sûr à partir de l'étude empirique du cas, en invitant l'interprète à raisonner en équité, la sécurité juridique se raidit pour affirmer une détermination apriorique des règles applicable. Le dogme de la solution unique ne définit pas l'objet de sa foi, il ne fait que le désigner »⁴⁹.

Pour que le droit puisse remplir sa fonction, il nécessite une certaine stabilité, gage de sécurité pour les justiciables. Le principe de sécurité entraîne une fixité des institutions et des solutions afin de permettre la prévisibilité du droit⁵⁰. Il ne peut donc y avoir de contrariété en droit, ce dernier étant postulé comme unitaire. La sécurité postule une interprétation uniforme par les juridictions, interprétation issue du pouvoir de la juridiction suprême de lier les juridictions du fond par une interprétation unitaire.

« Le constat est évident : les contrariétés de solutions sont mal accueillies ; elles sont envisagées comme des maux, des pathologies ; elles sont source de « déplaisir » ; « ... la contradiction des décisions siège comme une sorte de péché originel ». Le législateur est clair à cet égard lorsqu'il met en place des mécanismes tendant à les restreindre ou à les éliminer »⁵¹.

La jurisprudence joue donc un rôle essentiel dans la détermination de la solution. En effet, il est généralement reconnu que l'habitude de juger dans un certain sens entraîne la consécration de la solution. Cette solution participe de la cohérence et de l'unité du droit.

« Une certaine stabilité du droit est inhérente à sa fonction. Le droit est avant tout « un instrument de sécurité et de liberté ». Ce n'est que s'il peut prévoir les conséquences qui s'attacheront à ses actes que l'homme pourra décider sciemment d'entreprendre une

⁴⁹ M. BOUDOT, préc., note 2, p. 128.

⁵⁰ Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », (2009-2010) 40 *Revue de droit, Université de Sherbrooke* 511.

⁵¹ Claude OPHELE, « Les contrariétés de solutions : Point de vue du lecteur », (25 janvier 2007) 19 *Petites affiches* 33.

activité [...]. Toute prévision est fondée sur des règles existantes; sa sécurité suppose une certaine fixité des institutions juridiques sur lesquelles elle s'est fondée »⁵².

La controverse apparaît donc comme inexistante en droit. Seule la doctrine, au gré de ses tergiversations, pourrait émettre un jugement de valeur entraînant une opinion contraire. Cependant, même dans ce dernier cas, le discours juridique tente souvent d'être neutre et toute querelle semble alors vaine. La jurisprudence, quant à elle, doit faire perdurer le mythe de la solution unique, en évitant les revirements trop brusques, en postulant la complétude du droit et en utilisant la systématisation. Cependant « *[l]es logiques juridiques elles-mêmes, qui paraissent établies de toute éternité, définitivement et universellement, sur les principes de hiérarchie, de non-contradiction, de déduction, de continuité, de causalité, de réduction à l'unité, et qui semblaient intrinsèquement reposer sur les concepts de normes intuitives, prescriptives ou prohibitives, ne basculent-elles depuis quelque temps dans les eaux douteuses de la semi-impérativité, de la flexibilité, de la discontinuité, des hiérarchies alternatives, pour sombrer dans le monde incertain de l'optatif, des normes molles, prospectives, floues, expérimentales?* »⁵³. En d'autres termes, n'est-il pas nécessaire aujourd'hui de dépasser ces postulats et de prendre en compte une certaine irrationalité juridique, et par la même, admettre que la controverse juridique n'est pas source d'insécurité juridique, mais inhérente au système de droit ?

II. La controverse : représentation spécifique du savoir juridique.

Le dogme de la solution unique a pour objectif de donner une solution sûre et sécuritaire aux divers cas qui peuvent se présenter. Toutefois, il n'est pas possible, dans tous les cas, de donner une réponse unique. En effet, il existe des controverses en droit, représenté principalement par les cas dits « difficile ». Ces controverses démontrent donc une certaine irrationalité juridique (A) et permet également de s'interroger sur la place et l'implication des faits en droit (B).

⁵² J-L BERGEL, préc., note 18, p. 114.

⁵³ Et. PICARD, « 'Science du droit' ou 'doctrine juridique' », dans Jean-Bernard Auby (dir.), *L'Unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p.1996.

1. (Ir)rationalité et niveaux de cohérence

De l'école du Pandectisme allemand, jusqu'aux récents développements du mouvement du *New Evidence Scholarship*, en passant par des auteurs tels que Kelsen ou Carré de Malberg, l'histoire du droit est ponctuée de différentes propositions théoriques formulées en vue de présenter une vision du droit qui participe d'un idéal de cohérence, d'autonomie et de rationalité⁵⁴.

Plus récemment encore, comme le souligne le professeur Geoffrey Samuel, les tentatives de constitution d'un programme de recherche intéressé à la conception d'un modèle de la décision judiciaire transposable en écriture conceptuelle dont pourrait se saisir l'ordinateur a résulté en l'émergence d'un courant désormais connu sous le nom d'*Artificial Intelligence and Law*⁵⁵.

De telles démarches, dont il serait ici exorbitant de notre propos de tenter d'exposer les programmes tant elles en appellent à des méthodologies diverses et sont contingentes de contextes et traditions variés, peuvent cependant s'apprécier – pour autant que l'on se place à un certain niveau d'abstraction- comme autant de choix de mobiliser, dans le champ de la théorie du droit, ce que l'auteur Paul Dubouchet a qualifié de rationalité formelle⁵⁶. L'intérêt du choix de cette conception particulière de la rationalité juridique à titre d'objet d'étude réside pour certains auteurs dans le caractère pérenne de son actualité et de sa prédominance tant dans l'enseignement, la pratique que dans certains champs de la recherche en droit⁵⁷.

Ce choix d'adopter une rationalité formelle permet également de révéler, comme le propose Atias, l'existence de *niveaux de cohérence* du savoir juridique ; le fait de choisir de penser le

⁵⁴ Le professeur Isaak I. Dore de l'Université de St-Louis a proposé en 2007 un ouvrage d'envergure qui offre, par le truchement d'une double périodisation sensible notamment à l'histoire du droit ainsi qu'à l'histoire *des idées* en droit, un effort de présentation des principales conceptions et cadres théoriques qui ont eu cours en Occident pour penser le droit. Voir : Isaak DORE, *The Epistemological Foundations of Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2007.

⁵⁵ G. SAMUEL, préc. note 12, p. 2 et suiv.

⁵⁶ Malgré les différentes utilisations possibles de cette expression, elle sera ici comprise dans le sens particulier entendu par l'auteur Dubouchet, lorsqu'il utilise comme synonymes la « logique formelle » ou encore la « raison théorique », et qu'il oppose aux logiques « non-formelles » et à la raison « pratique ». Voir, P. DUBOUCHET, préc., note 8, p. 11 et 24.

⁵⁷ S'agissant plus particulièrement de la logique formelle sous-tendue par le projet kelsenien, voir P. AMSELEK, préc., note 3, pp. 22-23.

droit par le prisme d'une rationalité par ailleurs partagée par les sciences de la nature et les mathématiques⁵⁸, en dit long sur l'importance apportée à la cohérence dans le savoir juridique :

« Nul ne saurait douter de l'influence que la préoccupation de cohérence exerce sur la composition du savoir juridique. Elle a partie liée avec la faveur faite à la simplicité, mais s'en distingue et la dépasse. (...) Cette cohérence n'est pourtant pas exclusive de paradoxes, de hiatus, d'imprécisions. Elle n'est pas d'ordre logique. L'exigence varie selon les époques et selon les domaines ; elle puise sa force dans une tradition, dans une conception de ce que doit être le droit. C'est ce qui lui donne une puissance considérable, à la fois, comme instrument de conviction et comme moyen de vérification. (...) Ce critère de vérité est d'autant plus efficace que sa complexité le rend insaisissable ; il est composite. Les couches multiples qui se superposent ne sont pas stratifiées, sans séparation nette [...] »⁵⁹.

Cette vision du droit, résultant comme nous l'avons vu dans le postulat de non-cohérence du droit sous-tendu par le dogme de la solution unique, n'a pas été sans avoir été battue en brèche par différentes approches sensibles à la part de discrétion dont dispose le législateur, notamment en raison de ce que Hart, s'inspirant du philosophe du langage Austin, a qualifié de texture ouverte du langage⁶⁰. La polysémie chronique du langage juridique⁶¹ qui en résulte ne peut donc être occultée qu'au coût de l'introduction d'une vision réductrice de la normativité.

Si elle a donné lieu à une variété de courants théoriques faisant partie désormais de l'horizon du juriste⁶², la disqualification de la raison formelle à titre de seul accès au savoir juridique a également eu des répercussions dans le champ de l'épistémologie juridique. Par exemple, pour André-Jean Arnaud, ce n'est que dans sa structure la plus visible- et superficielle- que le droit relève de la raison théorique (ou formelle) alors que dans sa structure qu'il qualifie,

⁵⁸ G. SAMUEL, préc., note 12, à la p. 70.

⁵⁹ Christian ATIAS, préc., note 1, p. 195 et 198.

⁶⁰ H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2e éd., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

⁶¹ L'expression est de Christian ATIAS, préc., note 1, à la p. 190.

⁶² Pensons seulement à titre d'exemple aux courants du Réalisme et du Nouveau réalisme juridique, aux *Critical Studies* de tout acabit, aux courants féministes ainsi qu'aux courants s'inscrivant dans une perspective interdisciplinaire souvent désignés sous la formule de *Law and (...)*.

avec Pierre Legrand⁶³, de profonde, le droit est tout entier affaire de raison pratique⁶⁴ inconciliable avec une réduction de la démarche juridique au seul exercice déductif auquel renvoie le syllogisme. Comme le souligne également Jean-Louis Bergel :

« La logique mathématique suppose non seulement une présentation axiomatique et une mise en forme déductive, mais aussi la symbolisation substituant le calcul sur des signes au raisonnement sur des idées, de sorte que la déduction de type mathématique est d'une fécondité infinie. Or cette méthode est inconciliable avec la méthode juridique. Le droit fourmille de dérogations aux solutions logiques déduites d'un axiome. Ces exceptions résultent d'autres préoccupations, d'autres principes et d'autres axiomes, dont la multiplicité, l'enchevêtrement et l'intensité plus ou moins forte, rendent impossible l'expression du droit positif en forme mathématique. (...) De plus, les concepts juridiques ne sont pas tous susceptibles d'une définition précise ; il en est, comme l'ordre public ou les bonnes mœurs, qui jouent le rôle d'éléments correcteurs et de facteurs d'adaptabilité de la règle de droit aux faits et dont les contours sont délibérément incertains, si bien que l'on parle maintenant du « flou du droit », ou de la « logique floue », voire de la logique formelle ou déductive « polyvalente » »⁶⁵.

Ces commentaires participent d'un objet devenu central au programme de la théorie du droit, soit celui de l'identification de la logique particulière qui préside au raisonnement juridique. Qu'elle ait été qualifiée par les auteurs de dialectique⁶⁶, de rhétorique⁶⁷, de floue⁶⁸, ou

⁶³ Ce faisant, l'approche de cet auteur, élaborée dans une perspective comparatiste, déborde du programme traditionnel du droit comparé en portant l'analyse au-delà des seules règles et des décisions (cases and rules) et favorise ainsi un type de comparaison « en profondeur » : Pierre LEGRAND, « European Legal Systems Are Not Converging », (1996) 45-52 *International and Comparative Law Quarterly* 52, p. 60-61. Voir également, M. VAN HOECKE, « Deep Level Comparative Law », dans M. VAN HOECKE (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Bruxelles, Hart Publishing, 2004, p. 165. Voir également : A.-J. ARNAUD, « Le droit, un ensemble peu convivial », (1989) 11/12 *Dr. et Soc.* 81, à la p. 87.

⁶⁴ P. DUBOUCHET, préc., note 8, p. 25.

⁶⁵ J.-L. BERGEL, préc., note 18, p. 308.

⁶⁶ Voir généralement, P. DUBOUCHET, préc., note 8, p. 61 et suiv.

⁶⁷ Chaïm Perelman a popularisé l'expression de *nouvelle rhétorique* comme mode d'approche de la raison juridique. Voir C. PERELMAN, et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.

⁶⁸ La notion de « fuzzy Law » ou de « droit flou » fait l'objet de travaux particuliers de différents auteurs, dont ceux du professeur Oren Perez de la faculté de droit de Bar-Ilan. Voir notamment, Oren PEREZ, « Law as a Strange Loop », (2009) 01-10 *Bar Ilan Univ. Pub Law Working Paper* et Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Quadrige, 2004.

encore d'axiomatique ou de postaxiomatique⁶⁹, ces réflexions sur la raison juridique témoignent des tensions qui existent entre des définitions relevant d'une plus ou moins grande distance avec une conception de la raison juridique traditionnellement caractérisée par un certain formalisme.

Qu'elle que soit l'issue de ces réflexions pérennes de la théorie du droit, Bergel indique que pour peu qu'elles introduisent une vision plus riche et plus complexe des processus (il)logique(s) et (ir)rationnel(s) présidant au raisonnement juridique, elles ont une vocation de complémentarité et ne sauraient constituer des solutions « de substitutions » à la conception dominante, le syllogisme demeurant le support généralement partagé de la mise en œuvre des normes juridiques⁷⁰. La reconnaissance d'une situation à titre de controverse n'est cependant possible qu'à une pensée désenclavée du dogme de la solution unique.

2. La controverse juridique entre factualité et normativité : la genèse du « fait » en droit

Comme le rappelle Atias, l'existence de niveaux dans le savoir juridique renvoie à la double complexité de la raison juridique. Si la reconnaissance du caractère largement indéterminé du langage juridique a donné lieu à un champ de recherche fécond, qui pourrait participer d'un effort d'opérationnalisation en théorie du droit des avancées faites dans le champ de la philosophie du langage, ou encore celles issues de la linguistique, ce n'est que plus récemment que la complexité de la factualité juridique a donné lieu à des travaux d'intérêts dans cette discipline ancienne quoique bien souvent apatride en faculté de droit que constitue l'épistémologie juridique. Cette double complexité peut trouver un certain écho dans la distinction élaborée par Hart entre « cas difficiles » et « cas faciles » :

« Nevertheless, the difference has been well explained by a civilian, Joxerammon Bengoetxea, in his work on legal reasoning in the European Court of Justice (ECJ). According to him, the term “clear case” refers to a situation of isomorphy in which the

⁶⁹ C'est en s'inspirant de l'approche développée par Robert Blanché que l'auteur Samuel a pu proposer, dans une perspective diachronique sensible aux développements de l'histoire du droit et des idées en droit, que le droit puisse passer par des « stages ». D'inductive, déductive à axiomatique, la raison juridique d'aujourd'hui en serait à un stage qu'il qualifie de « postaxiomatique », c'est-à-dire une conception sensible aux limites de la logique formelle et ouverte à la complexité du langage et de la factualité. Voir J-L BERGEL, préc., note 18, p. 7-8.

⁷⁰ *Id.*, p. 328-329 et les commentaires relatifs à cette question que l'on retrouve à P. DUBOUCHET, préc., note 8, p. 33.

applicability of a legal rule or a set of legal rules to certain facts is clear and unproblematic. And “in these cases of isomorphy, where the facts of the case clearly fit into the operative facts of the legal rule, which attaches a legal consequence to those facts, judicial action can be accounted for by pointing to the fact that a rule is being almost unreflectively applied.” The hard cases, according to this rule model thesis, give rise to a different epistemological process (...) »⁷¹.

Au-delà d'une prise en compte de la complexité et de la relative indétermination du langage juridique, l'exploration de la « structure profonde » de la raison juridique en appelle à un exercice de prise en compte des modalités par lesquelles le droit traite de la factualité. L'acuité de telles questions s'exprime avec force alors que le rejet de toute réflexion sur la particularité des faits, rappelle Villey, a été conçu comme l'une des conditions à la constitution d'une science juridique rationnelle, dont l'aboutissement, a trouvé une expression dans les travaux de codification de différents droits nationaux en Europe continentale⁷².

Pour Pierre Legrand, l'actualité d'une réflexion sur les modalités de traitement des faits, en droit, trop longtemps négligée au profit d'une théorie du droit concernée par l'élaboration de nouvelles propositions relatives à la normativité, est d'une actualité renouvelée en raison des besoins théoriques nouveaux que suscitent les projets d'harmonisation du droit civil en cours au sein de l'Union européenne⁷³.

L'actualité de l'étude du traitement que la raison juridique accorde à la factualité en appelle à un dépassement d'un programme de recherche, dominant en théorie du droit, encore aujourd'hui largement inscrit dans ce que Susskind a qualifié de « paradigme de la règle »⁷⁴. Un tel dépassement implique par ailleurs l'abandon d'une conception du droit où les règles⁷⁵ sont

⁷¹ J-L BERGEL, préc., note 18, p. 74.

⁷² *Id.*, p. 55. Portalis parlait même de la « tyrannie » du fait détaillé.

⁷³ Comme le rappelle la mise en garde de Pierre Legrand « The price to be paid for the unwillingness or inability to practice « deep » comparative enquiries... is that of an illusion of understanding of the other legal tradition within the European Union. » dans Pierre LEGRAND, « How to Compare Now », (1996) 16 *Legal Studies* 236.

⁷⁴ Richard SUSSKIND, *Experts Systems in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987, pp. 78 -79.

⁷⁵ Le terme étant ici pris au sens large de « normativité ». Il est possible de constater que les questions relevant des modalités de traitement de la factualité par le droit sont bien souvent absentes dans la littérature juridique, en faveur des questions relevant plutôt d'une étude des différentes formes que peut prendre la normativité juridique. Quel que soit l'intérêt des propositions théoriques offrant de nouvelles approches et conceptions plus riches et complexes de la normativité, elles entretiennent néanmoins une vision du droit aveugle au traitement de la factualité. Voir

considérées comme la somme totale du savoir juridique.

La voie que tracent les travaux récents de l'épistémologie du droit vers une connaissance de la « structure profonde » de la raison juridique n'est pas sans appeler à d'importantes précautions. Si l'idée que la solution à un problème juridique implique la mise en œuvre pure et simple d'un syllogisme relatif à un langage juridique univoque s'appliquant à des faits neutres et indépendants n'est plus un lieu commun des juristes- hormis peut-être que dans les cas dits les plus « faciles », il est désormais reconnu que l'application d'une norme juridique renvoie généralement à une autre rationalité qu'une « raison théorique » ou « formelle ».

Le risque de rencontrer Charybde en évitant Scylla en appelle cependant à précaution : si est généralement abandonnée par les travaux actuels de théorie juridique une vision où le droit est conçu comme une monade ou comme « catégorie première » des relations humaines, le risque est grand de réintroduire, par une insouciance épistémologique et par manque de réflexivité⁷⁶, le paradigme méthodologique dominant par l'adoption d'une vision « totaliste »⁷⁷ des faits : « *the idea that legal science is a discourse that has its objet actual factual situation is to misunderstand, fundamentally, legal thought* »⁷⁸.

Un important apport des travaux récents en épistémologie juridique concerne précisément l'étude des modalités particulières de traitement des faits par le droit. Il n'est pas ici question uniquement d'une étude des règles de preuve et de procédure, mais plutôt de l'adoption d'un regard apte à révéler les principes et les présupposés qui président au passage des faits à la

généralement, Geoffrey SAMUEL, « Comparative Law and Jurisprudence », (1998) 47 *International and Comparative Law Quarterly* 817.

⁷⁶ **Sur le caractère perméable des frontières entre la dimension méthodologique et idéologique de ce que nous qualifions de « paradigme dominant » dans le contexte plus particulier des pratiques de l'interdisciplinarité par le juriste, voir : Nicholas LEGER-RIOPEL, «La réception judiciaire des directives encadrant les activités cliniques des médecins : l'apport d'une perspective interdisciplinaire », *Les Chantiers de la recherche en droit: interdisciplinarité savante et pratique professionnelle* (accepté pour publication en 2013).**

⁷⁷ Jean LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », (printemps 2009) 14-1 *Lex Electronica*.

⁷⁸ Geoffrey SAMUEL, « Epistemology and Comparative Law » dans M VAN HOECKE (Dir), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Bruxelles, Hart Publishing, 2004, p. 74. Les auteurs tiennent à remercier la professeure Diane Labrèche de la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour avoir porté à leur attention cet intéressant objet de recherche, soit l'enjeu d'une dichotomie entre un traitement réflexif de la normativité, mais non-réflexif de la factualité.

norme, c'est-à-dire des modes par lesquels le droit construit l'intelligence de son objet⁷⁹. Le professeur Samuel reconnaît même dans l'étude du modèle par lequel le droit « construit » les faits qui sont appelés à interagir avec la normativité juridique l'objet premier de la science juridique, et le thème central de son épistémologie.

Pour cet auteur, soucieux de faire bénéficier aux juristes des acquis issus du champ de recherche de l'épistémologie des sciences, l'objet de l'épistémologie juridique est plus précisément la structure par laquelle le droit opère des opérations de médiation entre la réalité empirique (les faits) et le domaine des normes :

*« [Legal science is to be envisaged through a constructive form]. That is to say it has to be envisaged through a structure which mediates between facts and science (law), allowing the legal scientist both to make sense of the facts and to discover solutions from transformation within the structure. Such a structure is what one calls a “model”. What, then, is the basis for such a legal model? This, of course, is the fundamental question that should motivate and direct any work on legal epistemology ».*⁸⁰

À ce titre, l'épistémologie invite à reconnaître que la factualité juridique est un construit, le juriste sélectionne des éléments de la réalité empirique, en disqualifie d'autres, un « point de vue » sur le fait opère une transition chez celui-ci de phénomène en objet du savoir juridique. Le fait est ainsi naturalisé⁸¹ aux besoins du savoir juridique, s'y incorpore. Astolfi ajouterait que les faits n'ont aucune existence a priori, mais ne prennent tout leur sens qu'en relation avec un système de pensée, une théorie, bref en passant par le filtre d'une vision des choses : nous pourrions penser qu'il s'agit là de la conception juridique du monde⁸².

Une boucle se forme : du droit au fait, du fait au droit. L'un ne précède pas l'autre, l'un et l'autre co-construisent l'objet de la raison juridique. Des boucles que Hofstadter a qualifiées

⁷⁹ L'expression est de Jean-Michel BERTHELOT, *La construction de la sociologie*, 6^e édition, Paris, PUF, 2008, p. 124.

⁸⁰ M. CUMYN, préc., note 19, à la p. 19.

⁸¹ Yan THOMAS, « La langue du droit romain », (1973) *Archives de Philosophie du Droit* p. 103-125. Voir plus généralement, Günther TEUBNER, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », (1992) 47-6 *Annales E.S.C.* 1149.

⁸² J.-P. ASTOLFI et M. DEVELAY, *La didactique des sciences*, 4^e édition, Paris, PUF, 1996, p. 25. Il est possible de trouver une autre formulation de cette idée chez Norwood R. HANSON, *Patterns of Discovery: An Inquiry into the Conceptual Foundations of Science*, Cambridge University Press, 1958.

d'étranges peuvent se former⁸³. Les choix factuels orientent le regard sur certaines normes présentant une isomorphie plus forte avec les faits retenus; ceux-ci ayant par ailleurs réduit le spectre des normes initialement prises en compte dans la démarche. L'importance épistémologique de ces phénomènes est indéniable et oriente le champ de la recherche vers des questions relevant plutôt de méthodologie juridique.

S'agissant de la construction de l'objet de la science juridique, la professeure Mélanie Samson, dans une remarquable étude des travaux de l'auteur Friedrich Müller et de la *Théorie structurante du droit*, en appelle à une importante précaution terminologique entre la notion « d'interprétation » du texte de norme et de « concrétisation » de cette norme, alors que seule cette dernière constitue réellement l'activité permettant la mise en présence du droit et du « fait » :

« Une précision terminologique s'impose avant d'aller plus loin. Selon Friedrich Müller, il convient de faire une distinction entre l'interprétation du texte de norme et la concrétisation de la norme. Seule la seconde expression décrit adéquatement le travail du juriste.

L'auteur allemand concède que le juriste doit procéder à une interprétation du texte de norme, c'est-à-dire à son « explication » à l'aide des procédés d'interprétation reconnus. Cette opération est même « l'un des éléments les plus importants du processus de concrétisation ». Toutefois, elle ne constitue que « l'un de ces éléments ».

La concrétisation est un processus qui comporte trois volets : « [l]a « compréhension » du texte de norme [i.e. l'interprétation du texte], son « application » « aux » circonstances de l'espèce [et] l'application – [...] – des circonstances de l'espèce « au » texte de norme » . Dans la mesure où elle implique une certaine circularité, la concrétisation de la norme décrite par Friedrich Müller est un processus bien plus

⁸³ Voir, A.-J. ARNAUD, préc., note 62, p. 93. Arnaud distingue entre les systèmes *simplement juridiques*, objets possibles d'une tentative de modélisation, alors que le droit, pris dans son sens strict de « droit officiel », serait selon cet auteur accessible par le truchement d'une approche formelle et analytique. Voir également, André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique : où va la société du droit*, Paris, LGDJ, 1981.

complexe que celui de l'interprétation. Il ne s'agit pas uniquement d'appliquer le texte de loi aux faits; les faits aussi servent à préciser le droit. »⁸⁴

Réfléchir sur les modes de constitution de l'objet du savoir juridique, compris comme constitué d'expériences tant factuelles que normatives, invite à reconnaître qu'au-delà des règles exprimées par le droit en vigueur à propos du traitement de la factualité (bien souvent comprise comme les règles de preuve et de procédure), se trouverait peut être une autre méthode. C'est précisément ce que cherche à expliciter l'épistémologie : la recherche des principes bien souvent inexprimés présidant à la méthode juridique⁸⁵ par laquelle se construit l'objet du droit.

À tout événement, comme le rappelle Atias, la distinction entre fait et droit est juridique de part en part. Cette distinction résulte d'une mise en ordre des faits par le juriste, usant ce faisant d'une grille hiérarchique « spontanée » par lesquels des faits sont retenus, d'autres disqualifiés, mais dont la mise en œuvre échappe bien souvent au regard :

« Le fait, c'est ce qui se refuse à la généralisation. Là où le droit est conçu comme général, le fait impose et justifie la distinction. Le savoir juridique tend à s'en désintéresser. De ces expériences multiples, riches d'enseignement, il ne retient le plus souvent que les cas types, les catégories abstraites. (...) La définition de ces cas peut fonctionner, dans la mise en œuvre du savoir juridique, comme une sorte d'intermédiaire, de filtre contraignant. Son action est dissimulée sous la simplification abusive qu'évoque la prétendue « application » de la règle. À la déperdition d'informations, s'ajoute ainsi l'appauvrissement du raisonnement dont l'une des étapes est escamotée, soustraite à l'appréciation critique. Le phénomène est aggravé par deux particularités de l'analyse juridique. La première résulte de la constitution de l'appréciation souveraine des juges du fond en une véritable catégorie à part. Elle est conçue comme une rebelle à toute étude, à toute comparaison, à toute critique. Elle est étrangère au savoir juridique et aux efforts de rationalisation, de réflexion, qu'il implique. La seconde particularité tient à la mise en œuvre des notions dites de fait. La possession, l'apparence ne sont pas seulement

⁸⁴ Mélanie SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique », (Printemps/Spring 2009) 14-1 *Lex Electronica*.

⁸⁵ Il serait peut-être opportun, en vue de clarifier le niveau de la réflexion (l'épistémologie étant qualifiée de discipline de second degré), de parler de « méta-méthodologie » plutôt que d'user du terme de « méthodologie » juridique. Ce dernier terme pourrait être facilement confondu avec le contenu immédiat des règles de preuve et de procédure ou encore de ce qui en faculté de droit québécois fait l'objet des cours d' « habiletés » du juriste et de son équivalent approximatif, en facultés de droit étasuniennes, de « Methodology » ou de « Legal Methods ».

des dérogations, des correctifs. Elles ne perturbent pas seulement les effets des titres, des droits, des règles ordinaires. Elles limitent aussi les enseignements qui composent le savoir juridique. Elles le perturbent également comme s'il devait renoncer à en pénétrer la mise en œuvre, à le clarifier, à l'explicitier. Le fait ne résiste pas seulement au droit, son foisonnement, sa diversité maintient son savoir à distance. »⁸⁶.

La controverse juridique pourrait se présenter comme un observatoire privilégié des modalités par lesquelles la factualité juridique se construit. Bruno Latour et ses collègues⁸⁷ offrent une proposition théorique propre à apporter un éclairage sur les modalités par lesquelles la factualité juridique émerge et se stabilise par la controverse. Pour ces auteurs, c'est par les controverses au sein d'une discipline que s'élaborent les faits qui se stabiliseront ensuite en raison d'un accord portant sur leur teneur⁸⁸.

Les différentes controverses prenant place au sein d'une discipline, une fois devenues objet d'étude à part entière (Latour a choisi de retenir la forme d'une « cartographie des controverses scientifiques »), en révèlent long sur le rôle des théories dans une discipline.

L'émergence, la mise à l'écart, la résurgence sous des formes nouvelles des théories juridiques jusqu'alors oubliées⁸⁹ peuvent participer d'autant de rapports différents aux faits et aux normes à titre d'objet du savoir juridique. À quand une « cartographie » des controverses juridiques ?

⁸⁶ Ch. ATIAS, préc., note 1, p. 105.

⁸⁷ Nous référons ici à l'approche de *l'Acteur-réseau* développée par ces auteurs. Voir, Fabian MUNIESA et Dominique LINHARDT, « Théorie de l'acteur-réseau », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN, *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, Grands dictionnaires, 2006. Les travaux fondateurs de Mme Parain-Vial sont également d'intérêt en ce que cette auteure s'est intéressée à la spécificité du fait en sciences sociales tout en poursuivant une réflexion sur le droit ; Jeanne Parain-VIAL, *La nature du fait dans les sciences humaines*, Paris, PUF, 1966 et J. Parain-VIAL, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », (1959) *Archives de Philosophie du droit*, 131.

⁸⁸ Jean-Louis Bergel en vient à un résultat étonnamment conciliable, préc., note 18, p. 327 et suiv. Il n'est pas indifférent que divers mécanismes existent en droit pour « isoler » le fait, une fois établi, et en assurer la stabilité, telles les différentes règles (généralement d'origine jurisprudentielle) imposant, en matière d'appel ou de révision judiciaire, un fardeau élevé au plaideur souhaitant une réévaluation des faits établis en première instance. Pour ne donner qu'un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, § 16 et suiv.

⁸⁹ Ch. ATIAS, préc., note 1, p. 110-111. Voir également, Ch. Atias, préc., note 9.

Conclusion

Ces réflexions sur l'interaction entre fait et norme en appellent à plusieurs autres. Par exemple, en quoi et pourquoi est-il généralement accepté chez les juristes que les faits sont supposés extérieurs, indépendants des normes qui s'appliqueront ensuite à eux ? Pourquoi est-il supposé possible, voire aisé de distinguer entre des questions dites de « faits » de celles dites « de droit » ? Les faits juridiques ont ceci de « virtuel » en ce qu'ils sont le résultat d'opérations de médiation entre la réalité empirique et le cadre de pensée par lequel ils sont saisis, appréhendés puis transformés en objet de la discipline juridique. Ces faits idéalisés, naturalisés aux besoins particuliers de la raison juridique, rappelle l'auteur Ellul, peuvent apparaître en quelque sorte plus « vrais » que la réalité⁹⁰.

La complexité additionnelle que suppose ces réflexions mène à une constatation inusitée : les faits, en droit, sont tout entier construit par la raison juridique et ce faisant, trouvent leur origine immédiate non pas dans la réalité empirique, mais bien dans le droit, tout comme d'ailleurs les normes juridiques. La reconnaissance du caractère incertain, voire flou, de la ligne de partage entre factualité et normativité permet de porter un regard qui pourrait favoriser la mise en lumière du caractère artificiel de la distinction entre droit et fait à titre de fiction de la raison juridique.

Une piste prometteuse pour poursuivre l'étude de ces questions réside peut-être dans l'exploration des relations de proximité que peut avoir entretenu et continuer d'entretenir la raison juridique (et son positivisme) avec le mouvement dit de l'empirisme logique⁹¹. Sans que l'on puisse parler d'efforts concertés, la revue de la littérature en matière de théorie du droit révèle un intérêt constant pour l'identification des présupposés présidant à la raison juridique. Ces présupposés peuvent révéler leur commune affiliation à la tradition dite de l'empirisme logique et de ses dérivés, qui influencent en retour de manière insoupçonnée l'activité judiciaire. Il est dès lors possible de dire que l'étude des controverses juridiques mène à l'identification de «

⁹⁰ J. ELLUL, *Histoire des institutions : 3- Le Moyen-Âge*, 9^e Édition, Paris, PUF, 1982, p. 27.

⁹¹ Par exemple, on retrouve une réflexion sur ce sujet dans les travaux de Alf Ross.

cadres » à la raison juridique qui se traduit dans son rapport aux faits⁹² : une voie possible pour une épistémologie prenant pour objet la factualité juridique est tracée.

⁹² Sur l'existence de *canevas* ou de *cadres* de réflexion qui contribuent au raisonnement judiciaire tout en demeurant largement du domaine de l'implicite, voir Nicolas BLANC, « Image(s) et Droit(s) constitutionnel(s). Le comparatiste face aux paradigmes du Droit Constitutionnel », (2011) *A.F.D.C.*, (en ligne); Jean-François GAUDREAUT-DES-BIENS, « Underlying Principles and the Migration of Reasoning Templates: A Trans-Systemic Reading of the Quebec Secession Reference », dans S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 178-208.