



HAL
open science

Apologie de la casuistique juridique

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Apologie de la casuistique juridique. Recueil Dalloz, 2017, 3, pp.118-123. hal-01709794

HAL Id: hal-01709794

<https://hal.science/hal-01709794>

Submitted on 15 Feb 2018

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.

Apologie de la casuistique juridique

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de Théorie du Droit

Publié au *Recueil Dalloz* 2017, p.118-123

Résumé. *L'idée de casuistique juridique est totalement déconsidérée. Pourtant, son concept bien analysé livre une clé de compréhension du raisonnement juridique et une véritable théorie de la pratique. Ces apports sont précieux dans un contexte de débats autour de la méthode juridique et de la motivation des décisions de justice.*

1. Discrédit – L'idée même de casuistique juridique est aujourd'hui frappée d'un évident discrédit. Il suffit de se référer aux contextes dans lesquels le terme est employé. Une jurisprudence sera qualifiée de « casuistique » pour signifier qu'elle distingue à l'excès et de façon trop subtile au point de compromettre la sécurité inhérente à la généralité de la règle ou à des critères bien définis de qualification¹.

Pourquoi alors oser faire l'apologie de la casuistique juridique ? Précisément parce que ce discrédit est immérité. Il est hérité de la connotation péjorative qui s'est attachée à la casuistique depuis la critique virulente de Pascal à l'égard des jésuites². Malgré de nombreuses tentatives pour réhabiliter la casuistique³ et gommer la part de caricature et d'excès polémique dans les propos pascaliens, la casuistique est aujourd'hui encore frappée du sceau de l'infamie. Le tribut à payer à cette histoire déformante est qu'aujourd'hui nul ne sait dire ce qu'est réellement la casuistique⁴ et à plus forte raison la casuistique juridique. La littérature dans le domaine du

¹ Parmi d'abondants exemples : A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal* 2016, p.306 : « Cette jurisprudence casuistique et dépourvue de toute base légale, porte atteinte aux exigences de sécurité juridique » ; R. Encinas de Munagori, « Le contrôle de constitutionnalité des lois non conformes aux directives communautaires » obs. à la *RTD civ.* 2007, p.80 : « l'avantage serait d'éviter d'entrer dans une casuistique difficile à justifier et de retrouver une cohérence ».

² Ce sont les fameuses *Provinciales* publiées entre 1656 et 1657 qui ont pris part dans la défense du janséniste Antoine Arnauld et ont vivement critiqué la morale de la Compagnie de Jésus dénoncée comme laxiste.

³ La tentative la plus remarquable est celle d'A. Jonsen et S. Toulmin, *The abuse of casuistry : a history of moral reasoning*, University of California press, 1988. En droit, on notera l'article phare de Y. Thomas mais qui aborde le problème à partir d'un unique exemple : « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Penser par cas*, Editions de l'EHESS, 2005, p.45-73.

⁴ En dépit d'un renouveau réel de l'intérêt pour un tel concept, v. notamment P. Hurtebise, *La casuistique dans tous ses états : de Martin Azpilcueta à Alphonse de Liguori*, Novalis Canada, 2006 ; P. Boarini, *Introduction à la casuistique*, L'Harmattan, 2007

droit n'est rachetée du néant que par une lumineuse notice dans le *Dictionnaire de la culture juridique*⁵. Cette seule référence, si elle a le mérite de faire prendre conscience des accents casuistiques que le droit peut revêtir, est bien loin de suffire à poser les bases d'une théorisation accomplie de la casuistique juridique.

2. Enjeux – Faire l'apologie de la casuistique juridique, ce n'est certainement pas ressusciter une scolastique poussiéreuse ou une vénérable théologie morale⁶ sous l'influence de préjugés passéistes. Bien au contraire, l'enjeu le plus évident est de théoriser le raisonnement juridique, d'en proposer une représentation intellectuellement satisfaisante, de le décrire dans ses dimensions essentielles. Ce projet proposant une théorie du raisonnement juridique est on ne peut plus actuel depuis que des auteurs renommés ont instillé l'idée que l'interprétation juridique pouvait se réduire à un acte de volonté⁷ ou que le raisonnement juridique n'a rien de spécifique⁸. La Cour de cassation elle-même s'y est employée en cédant aux sirènes du contrôle de proportionnalité⁹ qui aura tôt fait de faire dériver le navire sur les écueils de l'appréciation politique. Mais justement crieront certains ! Le raisonnement juridique n'est rien d'autre qu'une politique qui ne dit pas son nom¹⁰, autant l'assumer sans détour, sous peine de ne pas être très réaliste¹¹.

Il est donc inutile d'insister plus avant sur l'intérêt évident qui s'attache à proposer une véritable théorie du raisonnement juridique. Non

⁵ F.-X. Testu, V° « Casuistique », *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. S. Rials et D. Alland, PUF, 2003.

⁶ La casuistique s'est fortement développée en théologie morale, mais elle ne se réduit pas à cela : elle existait déjà chez Platon et existe au-delà de la religion : S. Boarini, *Qu'est-ce qu'un cas moral ?* Vrin, 2013, p.27 et s.

⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999, n°45, p.338-339 ; M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001, p.71 et s.

⁸ P. Brunet, « Le raisonnement juridique : une pratique spécifique ? », *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. 26, 2013, p.767-782, spéc. p.777 et s. ; A. Larry ; E. Sherwin, *Demystifying legal reasoning*, Cambridge University Press, 2008.

⁹ Depuis l'arrêt remarqué qui a écarté la nullité d'un mariage incestueux par alliance : Cass. Civ. 1^{ère} 4 déc. 2013, n°12-26066, suivi d'autres arrêts comme Cass. Civ. 3^{ème} 15 oct. 2015, n°14-23612 sur le refus de démolition d'un ouvrage mal construit une cassation pour méconnaissance du principe de proportionnalité en garde en vue Cass. Crim. 3 juin 2015, n°14-86507. Ces arrêts ont été suivis d'analyse doctrinales approuvant le mouvement dont notamment Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, Ch. Jamin « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p.2061-2070 ; P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation », *D.* 2015, p.2022-2030.

¹⁰ M. Tushnet, « Survey article : critical legal theory (without modifiers) in the United-States », *Journal of political philosophy*, 2005, n°13, p.107 : « pour les théoriciens des études critiques, "le droit est politique" signifie que le raisonnement juridique a une forme identique à celle utilisée dans les débats politiques "ordinaires" » (notre traduction).

¹¹ J.-P. Chazal, « Propriété versus régulation. La nécessaire balance des intérêts », *Cahiers dr. entrep.*, 2015, n°6, dossier 48 : « la décision est politique en ce que le juge est amené à balancer des intérêts ».

seulement pour retrouver l'évidence perdue de l'identité du raisonnement juridique, mais encore pour servir de point de repère dans le débat mouvementé du conflit entre la méthode juridique et celles des sciences sociales¹² Ce débat se prolonge dans la critique des facultés de droit dont la pédagogie est opposée à celle des nouvelles écoles de droit¹³. Ainsi, comprendre le raisonnement juridique, c'est comprendre l'objet même de ce qui est enseigné dans les facultés de droit. C'est donc se donner les moyens d'une pédagogie véritable, construite sur des fondements solides et proposant une formation pour « penser en juriste »¹⁴. La casuistique est bien une clé de compréhension du raisonnement juridique (I) car elle est une véritable théorie de la pratique du droit (II).

I. La casuistique, clé de compréhension du raisonnement juridique

3. Pour une théorie descriptive du raisonnement juridique – La casuistique appelle une théorie du raisonnement juridique qui ne peut être que descriptive. Une telle théorie prétend dire ce qu'est le raisonnement juridique dans la pratique et non ce qu'il devrait être, objet propre d'une théorie normative. Une théorie descriptive ne prétend pas dicter aux juristes une nouvelle façon de raisonner, mais bien au contraire restituer ce qui fut toujours et souvent inconsciemment le cœur même de leur raisonnement.

Dans cette voie, on admettra sans peine que la théorie du syllogisme, totem indiscuté de la théorie du raisonnement juridique en France¹⁵, n'est certainement pas une théorie qui décrit la façon dont le juriste raisonne. Tout au plus, le syllogisme impose une certaine façon de présenter le raisonnement et donc de motiver les décisions de justice¹⁶. En aucun cas la doctrine ne raisonne par syllogisme, pas plus d'ailleurs que la plupart des juristes, juge y compris¹⁷. Cette pieuse hypocrisie du syllogisme¹⁸ a plutôt servi de bouc émissaire pour accabler une soi-disante pratique logico-

¹² R. Posner, « The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987 », *Harvard Law Review*, 100, 1987, p.761-780

¹³ O. Beaud et R. Libchaber, « Où va l'université ? Les chemins de la liberté » *JCP* 2014, doctr. 1264 ; Ch. Jamin et M. Xifaras, « Retour sur la "critique intellectuelle" des facultés de droit, *JCP* 2015, doctr. 100.

¹⁴ F. Schauer, *Thinking like a lawyer*, Harvard University Press, 2009.

¹⁵ Au moins depuis H. Motulsky *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 1948, p.47-48.

¹⁶ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis droit, 2^{ème} éd., 2016, n°85, p.151.

¹⁷ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n°64, p.48.

¹⁸ A. Bancaud, « Considérations sur une "pieuse hypocrisie" : la forme des arrêts de la Cour de cassation », *Droit et société*, LGDJ, n°6, 1987, p.373-387, spéc. p.376.

déductive du raisonnement juridique qui n'a, en vérité, jamais existé¹⁹. Le pire est que, par négligence ou par habitude, le syllogisme est encore prêché de façon consciencieuse aux étudiants pour résoudre de façon parfaitement artificielle des cas qui n'ont de pratique que le nom. Il ne sert plus aujourd'hui que de cache-misère lorsque le juriste est sommé de rendre compte de la réalité de son raisonnement²⁰.

Pareillement, une théorie descriptive du raisonnement juridique permettra d'être plus nuancé dans l'accueil des différentes formes du réalisme juridique qui prétendent démasquer l'idéologie des juristes au nom de la critique d'un paradis des concepts²¹. Cette méfiance envers le concept²² dessine une fausse alternative entre un raisonnement abstrait et déconnecté du réel et un raisonnement concret soucieux du contexte pratique. Une théorie descriptive du raisonnement juridique doit nous aider à sortir de ce faux dilemme.

4. Pourquoi le raisonnement juridique est-il casuistique ? – Dire que le raisonnement juridique est une casuistique consiste à pointer les convergences existantes entre eux.

D'abord, le juriste raisonne sur des cas²³. L'ancien terme est celui de « cause » mais l'idée est la même²⁴. Le juriste ne cesse de ramener les faits de l'espèce à des cas déjà prévus par la loi, déjà traités par la jurisprudence²⁵ ou tombant dans le champ d'application d'un concept ou d'une théorie. Cette réalité quotidienne du juriste est tellement évidente que la théorie du droit ne prend même pas le temps de s'y attarder. Or, à bien y réfléchir, le raisonnement juridique ressemble bien plus au raisonnement médical²⁶, militaire ou en management²⁷ qu'au raisonnement du physicien. En effet, le médecin, le stratège militaire ou le gestionnaire doivent toujours faire face à des situations uniques, même si elles présentent forcément des ressemblances avec d'autres situations tandis que la science physique réalise des expériences reproductibles à l'identique.

¹⁹ Ce qu'Henri Motulsky reconnaît lui-même sans difficulté : « il est évident que la déduction syllogistique ne peut suffire, ni pour élaborer le droit, ni pour déterminer le contenu de ses règles, ni enfin, pour fournir, toute faite, la solution des conflits » (précité, p.48).

²⁰ P.-Y. Gautier, « Eloge du syllogisme », *JCP G* 2015, n°36, 902.

²¹ F. S. Cohen « Transcendental non-sense and the functional approach », *Columbia Law review*, n°35, 1935, p.809-849

²² F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, t. 1, 1914, n°40, p.113.

²³ Ph. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1986, p.154.

²⁴ M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, n°175, p.208-209.

²⁵ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2000, n° 71, p.285.

²⁶ G. Samuel, « Qu'est-ce que le raisonnement juridique ? », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p.450-451.

²⁷ S. Boarini, *Qu'est-ce qu'un cas moral ?* Vrin, 2013, p.38

Or le juriste traite de singularités²⁸, de situations de faits toujours particulières et qui ne se reproduisent jamais strictement à l'identique tout comme l'expression symptomatique d'une même maladie présente toujours des variations d'un patient à un autre.

Ensuite, le juriste ne cherche pas la solution. Il la connaît déjà. Elle est même le point de départ de son raisonnement²⁹. L'avocat cherche à justifier les prétentions de son client, le juge doit trancher le litige en optant pour l'une des prétentions en conflit et la doctrine ne cesse d'éprouver, *a posteriori*, si la solution retenue méritait de l'être. Le notaire ou le juriste conseil ne cessent d'anticiper les arguments possibles au soutien du choix qu'ils vont proposer. Bref, le juriste s'enquiert en permanence de raisons, d'arguments et de justifications qu'il puise dans des textes. Le raisonnement juridique a une dimension argumentative indéniable³⁰. Qui n'argumente pas n'est pas juriste. Le juriste cherche des raisons et non des solutions³¹. Or c'est bien ce qu'est la casuistique : une méthode pour trancher, choisir et savoir ce qui est souhaitable dans un cas donné. La casuistique ne découvre pas des solutions, elle invente des raisons de décider³². Le droit est de part en part tissé dans la trame des décisions de justice. La convergence avec la casuistique est manifeste. Mieux encore : le raisonnement juridique est stratégique, il vise à convaincre que le droit entier soutient la cause défendue en sélectionnant habilement les textes pertinents.

Enfin, le suc du raisonnement juridique se goûte dans les cas difficiles ou les cas limites³³. Le juriste doit alors, par un travail de délimitation des frontières, examiner minutieusement les cas³⁴. Il en va de même pour la gestion des cas inédits : il s'agira de les ramener à des cas déjà connus³⁵. Le droit ne peut certes tout prévoir, mais il fait comme si tout était prévu. Pour cela, il se livre à une exploitation maximale de l'implicite en ramenant l'inconnu au connu.

²⁸ J.-C. Passeron, J. Revel, « Penser par cas. Reasonner à partir de singularités », *Penser par cas*, Editions de l'EHESS, 2005, p.9-44.

²⁹ O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 1994, p.9 ; B. Cardozo, *La nature de la décision judiciaire*, Dalloz, Rivages du droit, 2011, p.79-80.

³⁰ C'est bien entendu tout le sens de l'œuvre de Ch. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979. V. égal. S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, Connaissance du droit, 2013, p.1.

³¹ Ch. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, Lexisnexis, 2011, p.81-82.

³² S. Boarini, précité, p.67-68.

³³ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, chap. 4. « Les cas difficiles », p.153-213

³⁴ R. Libchaber, « Le juriste et ses objets », *Enquêtes* 1998, p.251.

³⁵ Ch. Atias, « *Juris dictio* : redire l'inédit », *D.* 1992, p.281.

Pour couronner le tout, on ne peut qu'être frappé par les convergences théoriques entre la casuistique morale et la casuistique juridique³⁶. Cette convergence est si forte que les meilleurs spécialistes ont défini la casuistique morale comme une « ethoprudence »³⁷ en contemplation de l'idée de jurisprudence. La transposition des analyses théoriques est si naturelle qu'on se demande pourquoi le rapprochement n'a pas été formulé plus tôt. La casuistique morale est à la fois une méthode d'enseignement et une détermination des raisons de décider³⁸, exactement comme le droit. La casuistique morale applique le général au particulier et recherche les similitudes entre les cas pour transposer les solutions déjà arrêtées³⁹, exactement comme le droit. La casuistique morale décrit et construit ses cas⁴⁰, exactement comme le droit. La casuistique procède par confrontation du cas à la règle par inclusion du particulier dans le général ou par opposition de l'exception à la règle⁴¹, exactement comme le droit. En vérité, c'est tout le corpus textuel sur la casuistique qui pourrait point par point être transposé au raisonnement juridique.

Tout cela est encore confirmé de façon éclatante par la littérature juridique : que sont les commentaires d'arrêts si ce n'est une casuistique portée à son plus haut degré d'expertise ? Que sont les traités et les manuels si ce n'est une exposition simplifiée des solutions de droit positif pour les cas typiques et les cas difficiles ? Si la théorie du droit a su résister aussi longtemps au rapprochement de la casuistique et du raisonnement juridique, ce ne peut être qu'en raison d'une vision gauchie de la casuistique.

5. Idées reçues sur la casuistique – Pour parachever le tableau de la casuistique juridique, il faut encore expliquer ce qu'elle n'est pas. C'est en effet le seul moyen de dissiper les confusions entretenues par un déficit manifeste d'analyse sur le sujet.

La casuistique n'est pas un raisonnement purement factuel et en équité. Raisonner *sur* des cas ne signifie pas raisonner *au cas par cas*. Dans cette dernière hypothèse, le juge se donnerait toute latitude pour modifier ou amender ses décisions antérieures en fonction de chaque espèce. C'est précisément la forme de casuistique que dénoncent les juristes. Or la casuistique juridique bien comprise est aux antipodes de cette forme

³⁶ P. Hurtebise, précité, p.246 et p.254-260, égal. J.-C. K. Dupont, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement *in specie* de la cour européenne des droits de l'homme », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p.187-219.

³⁷ P. Hurtebise, précité, p.253.

³⁸ S. Boarini, précité, p.41-42.

³⁹ P. Hurtebise, précité, p.267.

⁴⁰ S. Boarini, *Introduction à la casuistique*, L'Harmattan, 2007, p.39, 53, 122.

⁴¹ P. Livet, « Raisonner sur des cas », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p.173-186

d'équité permanente. Bien au contraire, la casuistique juridique vise précisément à traiter les cas semblables de façon identique et les cas différents de façon différente ce qui est la formulation même de la règle de justice⁴². Cette exigence implique continuité et cohérence dans le traitement des cas.

La casuistique n'est pas un raisonnement exclusif par analogie. Certes si deux cas sont assimilables en raison de leur ressemblance factuelle, l'analogie est possible. Mais l'assimilation entre deux cas semblables est infiniment plus variée⁴³. En droit, elle peut se faire à partir de la lettre d'un texte, d'une définition, d'une exception, d'une fiction et, plus généralement par l'esprit des textes sous les formes de la cohérence, des principes, de la volonté du législateur voire d'autres finalités.

La casuistique n'est pas liée à une forme de système juridique, tel le *common law*. En effet, il ne faut pas confondre la casuistique de conception et la casuistique de formulation⁴⁴. Dans la première, le droit est pensé à partir de cas. C'est le fameux précédent. Dans la seconde, le droit se présente sous forme de cas. Et c'est bien la configuration des systèmes juridiques continentaux : la loi pose des cas de figure très généraux et abstraits. Il n'y a donc pas d'antinomie entre « les faiseurs de systèmes »⁴⁵ et ceux qui soutiennent que « c'est la ressemblance avec le cas précédent qui fait la décision »⁴⁶ puisque l'identité des cas peut être obtenue tant par la voie du concept que par celle de l'analogie.

La casuistique n'est pas le règne de l'arbitraire et de l'imprévisible. Bien au contraire, en s'imposant de traiter les cas semblables de façon identique, la casuistique produit une véritable sécurité juridique en maintenant la force d'inertie des précédents jurisprudentiels et légaux⁴⁷. Par principe, la casuistique juridique n'introduit une nouvelle distinction que si cette dernière est nécessaire. Ainsi, bien que chaque cas présente une irréductible nouveauté (aucune espèce n'est jamais semblable à un autre), cette nouveauté est gommée au profit de l'assimilation avec des cas déjà définis et connus⁴⁸.

⁴² F. Rouvière, « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n°8, p.286-288.

⁴³ P. Livet, « Les diverses formes de raisonnement par cas », *Penser par cas*, Editions de l'EHESS, 2005, p.229-253.

⁴⁴ S. Goltzberg, *Les sources du droit*, PUF, Que sais-je ?, 2016, p.90-92.

⁴⁵ J. Rivéro, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chr. XXIII, n°99

⁴⁶ B. Chénot, « l'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, n°1, 1953, p.64.

⁴⁷ Ch. Perelman, *Ethique et droit*, Editions de l'université de Bruxelles, 1990, p.135-136.

⁴⁸ F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique* 2012, p.98.

II. La casuistique, véritable théorie de la pratique juridique

6. Casuistique vs dogmatique – La casuistique s’oppose à la dogmatique sur de nombreux points. La dogmatique a pour objectif d’interpréter et de systématiser les normes en vigueur⁴⁹. La casuistique a pour objectif une argumentation et une justification à partir des cas déjà admis.

L’objet strict de la casuistique est constitué par les cas et solutions et non par les normes. La théorie des sources du droit peut être interprétée comme le champ pertinent de l’argumentation, c’est-à-dire les prémisses admissibles dans le raisonnement⁵⁰. C’est d’ailleurs une contribution éclatante de la casuistique à ce casse-tête qui a lassé les juristes : comment soutenir que la jurisprudence n’est pas une source du droit alors même qu’elle tient le haut du pavé dans le discours juridique, au point parfois d’éclipser même la loi ? Simplement en considérant la jurisprudence pour ce qu’elle est : un formidable réservoir d’arguments, et non une source de règles obligatoires en tant que telles.

Ainsi, la fonction propre de la casuistique n’est pas de décrire le droit en vigueur mais bien de proposer un système de justification des solutions. La casuistique est le droit en mouvement, le droit en train de se faire et de s’argumenter. Elle est le véritable droit vivant, au-delà même des doctrines qui porte ce nom. En effet, la casuistique assume que tout est construit : ses cas, ses concepts comme ses solutions. Il n’y a aucune vérité absolue, aucun dogme, aucun concept a priori et essentialisé qui dirait le droit de toute éternité. La casuistique est avant tout un modèle pratique de l’intelligence en action.

De même, la casuistique n’a que faire du positivisme. Elle est un outil, un instrument de l’argumentation rationnelle. S’il fallait à tout prix la qualifier de positiviste, ce serait un positivisme de méthode, c’est-à-dire le refus d’admettre comme base d’un argument un texte qui ne ferait pas autorité. Ce type de positivisme est, non pas idéologique, mais méthodologique, c’est-à-dire purement pragmatique. Il est en effet plus convaincant lorsqu’on s’adresse à un autre juriste d’argumenter avec le droit positif plutôt que sans lui.

La casuistique ne déduit pas ses solutions selon un processus formel pas plus qu’elle n’induit ses solutions. Elle se contente de les argumenter et de les justifier, bref de tenter de les faire accepter comme rationnelles et raisonnables au regard du droit en vigueur. Cette façon de faire n’implique aucune foi particulière en un droit absolu et anhistorique, mais appelle plutôt à assumer sa contingence et sa relativité.

⁴⁹ A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd. 1993, V° « Dogmatique ».

⁵⁰ S. Goltzberg, *Les sources du droit*, précité, p.11.

7. Casuistique vs réalisme – Le réalisme juridique s'est fondamentalement construit contre le conceptualisme juridique⁵¹ c'est-à-dire contre l'idée que le droit pouvait être complet, cohérent et permettre une déduction logique de ses solutions. Pour cela, le réalisme a prôné l'adoption d'un point de vue externe qui ne prenne pas en compte le point de vue des juristes eux-mêmes⁵², soupçonné de masquer les intérêts en conflit plutôt que de les révéler.

Selon le réalisme juridique, les solutions des tribunaux doivent être interprétées dans leur contexte social, économique et politique⁵³ sous peine de s'interdire de penser le réel⁵⁴. Selon le célèbre mot de Holmes, il s'agit avant tout de prédire les décisions des juges⁵⁵, ce que les sciences sociales rendent en partie possible en analysant les déterminants socio-économiques qui influencent leurs choix. Pour cela, la méthodologie des sciences sociales est convoquée pour analyser, autant que possible de façon scientifique et empirique⁵⁶, la causalité externe qui expliquerait les choix des juges. Mais ce que le réalisme oublie est que le savoir *sur* l'application du droit ne permet pas d'appliquer le droit. Il faut bien au contraire un savoir *de* l'application du droit.

La casuistique juridique n'encourt ainsi aucun des reproches que le réalisme pourrait adresser à la dogmatique. En effet, l'aspect artificiel et construit de son système est totalement assumé⁵⁷ : c'est une méthode de résolution des litiges qui n'a aucune prétention à décrire le réel mais bien plutôt à permettre au conflit de s'exprimer dans une forme qui lui permettra de trouver une issue qui rétablisse la paix sociale⁵⁸. C'est justement parce que le droit est forcément influencé par la politique, l'économie et même par toute forme d'idéologie (morale, religieuse, éthique...) que la casuistique tente de neutraliser cette influence en adoptant un point de vue auto-référent. Cela signifie que le système casuistique résout le problème à partir de lui-même, en prenant en compte non pas le critère de l'opportunité politique mais celui du respect des décisions antérieures qu'elles soient légales ou jurisprudentielles. La casuistique n'a certainement pas la prétention de prédire les décisions des juges mais bien plutôt d'anticiper

⁵¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2014, n°230, p.146.

⁵² V. Champeil-Desplats, précité, n°38, p.29.

⁵³ V. Champeil-Desplats, précité, n°276, p.171.

⁵⁴ J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel » *RTD civ.* 2014, p.763-794.

⁵⁵ O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, vol. X, 1897, p.460-461.

⁵⁶ P. Amsselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, p.342.

⁵⁷ S. Boarini, « Herméneutique du cas : dire le cas », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p.147-149.

⁵⁸ J. Freund, « Le droit comme motif et solution des conflits », *Archives de Philosophie du droit et de philosophie sociale. Die Funktionen des Rechts*, 1974, p.54.

stratégiquement les arguments⁵⁹ qui pourront être opposés en faveur du choix d'une solution au détriment d'une autre.

Il n'y a donc pas lieu de fustiger ou de regretter un soi-disant formalisme des juristes qui les conduirait à analyser le droit positif indépendamment de ses influences sociales ou politiques puisque le droit a précisément cet objectif. Le droit n'est certes pas la seule façon de résoudre des litiges mais il s'est historiquement imposé comme une forme de rationalité autonome, auto-référente, dotée d'une technique particulière, d'experts propres et dont le domaine n'a cessé de s'étendre en raison même de son efficacité⁶⁰. Aussi, le réalisme dont devrait faire preuve le juriste ne consiste pas à analyser les influences politiques ou sociales qui pèsent sur les décisions mais bien à s'en tenir à cette forme si particulière d'argumentation, construite, rationalisée, auto-référente et instrumentalisée dans la seule fin de résoudre des litiges.

8. Casuistique vs pesée des intérêts – La pesée (ou balance) des intérêts est une méthode qui consiste à comparer les intérêts en conflit afin de trancher le litige. Historiquement, c'est une réaction au conceptualisme juridique qui prétendait obtenir une solution par voie de déduction quasi-mathématique à partir d'un système rationnel de concepts juridiques⁶¹. Elle est aujourd'hui présentée en France comme un raisonnement plus concret et pratique usant de l'idée de proportionnalité⁶².

Cependant, la casuistique ne pèse pas les intérêts, mais argumente à partir de cas où les intérêts ont déjà été pesés. C'est précisément l'idée de la règle formelle de justice qui implique de traiter les cas semblables de façon identique et les cas différents de façon différente⁶³. En cela, l'argument du précédent est un détour économique qui permet de ne pas s'enquérir dans chaque nouveau cas des intérêts en présence. De même, la casuistique ne traite pas les lacunes en laissant au juge le soin de peser les intérêts⁶⁴ mais tout à l'inverse en ramenant l'inconnu au connu par l'identification des cas les plus proches de celui à juger. Enfin, la règle de justice implique le refus

⁵⁹ V. Champeil-Desplats, précité, n°41, p.31

⁶⁰ A. Schiavone, *IUS. L'invention du droit en occident*, Belin, L'Antiquité au présent, 2008, p.13-14 ; p.22-24, p.18, 42, 68, 326.

⁶¹ A. Gaillet, « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts" : Philippe Heck et la jurisprudence des intérêts en Allemagne », *Le "moment 1900" : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Editions Panthéon-Assas, 2015, p.195-221, spéc., p.197-198.

⁶² Ch. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p.263-282, spéc. p.269.

⁶³ F. Rouvière, « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n°8, p.286-288.

⁶⁴ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, t. 2, 2^{ème} éd., 1954, n°174, p.173.

de prendre en considération des arguments conséquentialistes⁶⁵ qui reflètent en définitive une action législative prospective. Or le raisonnement juridique, et spécialement celui du juge, est par nature rétrospectif : il porte sur des faits passés et mobilise des cas et des solutions déjà admis par la loi ou la jurisprudence. En ce sens, le raisonnement juridique est le règne du précédent.

Bref, la pesée des intérêts décrit sans doute une partie des raisonnements juridiques notamment dans le domaine des droits fondamentaux. Cependant, elle ne restitue pas l'essence de la pratique juridique : traiter des cas par une rationalisation de l'argumentation. Cette rationalisation est ordonnée à l'exigence de cohérence qu'implique la règle formelle de justice. Elle emporte également une relative neutralisation des considérations morales et politiques à l'origine des règles.

9. Les juristes comme casuistes – Y a-t-il lieu de s'inquiéter du fait que les juristes soient qualifiés de casuistes ? Comme toujours, il y a une bonne et une mauvaise casuistique. La fonction critique du droit savant vise justement à séparer le bon grain de l'ivraie. Certes, en se déclarant casuistes, les juristes doivent sans doute renoncer au titre de « science du droit » si l'on entend par là un savoir inspiré du modèle des sciences empiriques⁶⁶. Mais cette requalification ne signifie pas que la casuistique se réduise à une habile rhétorique ou ne soit qu'une question de savoir-faire. Si ces éléments sont des ingrédients indispensables dans la pratique, ils ne consistent qu'en des ajustements périphériques.

Le cœur de la pratique des juristes est bien une argumentation qui se déploie selon des canons rigoureux : exigence constante de cohérence par le traitement identique des cas semblables, appréciation sans cesse renouvelée par des constructions conceptuelles de la véritable identité des cas, refus de faire intervenir des textes dont l'autorité n'est pas reconnue par l'auditoire, souci constant d'inscrire l'argumentation dans la continuité et la chaîne du droit, décontextualisation dans l'analyse des cas litigieux. Chacun de ces points mériterait à lui seul un développement autonome.

Le fait que la médecine, la psychologie clinique, la gestion ou l'art militaire soient le fait de casuistes ne diminue nullement la portée de ces disciplines. Le fait d'assumer leur nature casuistique permet bien au contraire d'en proposer une représentation théoriquement exacte. Il en va de même pour le droit. En assumant que le droit ne se réduit pas à un exposé du droit positif mais relève plutôt d'une tentative constante d'en tirer la meilleure part pour inventer des raisons de décider, les juristes s'annoncent pour ce qu'ils sont : des experts du débat et de l'argumentation dont la fonction sociale est difficilement contestable. Il n'y a pas lieu de s'en

⁶⁵ Le conséquentialisme juge un acte en raison de ses effets : Ph. Pettit, V° Conséquentialisme, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dir. M. Canto-Sperber, PUF 2004, t. 1, p. 388

⁶⁶ P. Amsselek, précité, p.339.

offusquer, encore moins d'en rougir. Le vrai juriste sait que les solutions et les arguments qu'il propose sont relatifs, contingents et soumis à révision et variation⁶⁷. Le reconnaître n'est pas sa faiblesse mais sa force. Loin de l'abaisser, l'humilité du juriste l'élève.

⁶⁷ Ph. Rémy, précité, p.155.