



HAL
open science

La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques

Frédéric Rouvière

► To cite this version:

Frédéric Rouvière. La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques. Cahiers de Méthodologie Juridique [Numéros spéciaux de la RRJ - Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif], 2018, p. 1981-1995. hal-02290152

HAL Id: hal-02290152

<https://amu.hal.science/hal-02290152>

Submitted on 2 Apr 2020

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.

La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

Publié dans *Cahiers de méthodologie juridique. Revue de la Recherche Juridique*, PUAM, 2018, p.1981-1995

Summary. The purpose of this contribution is to show the relevance of a true casuistic method that is not reduced to singular argumentation by case (traditional casuistry) or argumentation by rules (based on general statements). Indeed, in each of these hypotheses, the argumentation always involves cases, formulated in a more or less general way. The idea is that all the argumentation is underpinned by a rationalization process aimed at grouping similar cases into the same categories. This construction effort itself is based on the search for critical cases that make it possible to decisively resolve qualification and categorization problems.

Mots clés : casuistique juridique, méthode juridique, épistémologie juridique, concepts juridiques, qualification juridique, argumentation juridique, recherche juridique

1. Pertinence de la méthode casuistique

Le but de cette contribution est de montrer la pertinence d'une véritable méthode casuistique qui ne se réduise ni à l'argumentation singulière par cas (casuistique traditionnelle¹) ni à l'argumentation par règles (à partir d'énoncés généraux²). En effet, dans chacune de ces hypothèses l'argumentation mobilise toujours des cas³, formulés de façon plus ou moins générale. L'idée est ainsi que toute l'argumentation est sous-tendue par un processus de rationalisation visant à regrouper les cas semblables dans les mêmes catégories⁴. Cet effort de construction obéit lui-même à la recherche de cas critiques qui permettent de trancher de façon décisive les problèmes de qualification et de catégorisation. Telle est la thèse soutenue dans cette contribution.

La méthode casuistique est une forme de pensée par cas. Elle procède à des généralisations à partir de situations singulières. Elle a comme visée spécifique de construire des catégories pour l'argumentation afin de la rationaliser et de la rendre cohérente. Elle s'inscrit donc plus dans la tradition historique de la casuistique⁵ que de la clinique⁶ même si ces deux approches font du cas leur objet.

¹ Voyez l'étude classique de A. Jonsen et S. Toulmin, *The abuse of casuistry : a history of moral reasoning*, University of California press, 1988.

² F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, 1993, p.17 et s.

³ J.-C. Passeron, J. Revel, « Penser par cas. Reasonner à partir de singularités », *Penser par cas*, Editions de l'EHESS, 2005, p.9.

⁴ F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique* 2012, p.98 ; « le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n°8, p.286-288.

⁵ Sur l'histoire de l'argumentation casuistique : 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.

⁶ M. Foucault, *Naissance de la clinique*, PUF, 9^{ème} éd. 2015, p.142 et s.

La méthode casuistique est une formalisation en grande partie inédite de la méthode implicitement suivie dans de nombreuses recherches qui prennent pour champ d'étude les textes législatifs et jurisprudentiels, ce qu'on a pris l'habitude d'appeler « le droit positif »⁷. L'objectif est d'explicitier les règles de méthode suivies de façon plus ou moins consciente et de façon plus ou moins heureuse dans la plupart des recherches juridiques⁸. Il ne s'agit pas de faire une théorie du discours casuistique⁹ (de ses modes de fonctionnement) mais plutôt de rechercher l'usage épistémique du cas. Le but est de mettre à jour la logique de construction des catégories juridiques, d'en éprouver le statut et la signification théoriques. L'exigence de formulation de la méthode tient à l'exigence réflexive de toute recherche qui tente de rendre conscient les principes de son propre fonctionnement. Il faut donc ici distinguer la méthode casuistique visant à la construction des catégories de la méthode casuistique pour enseigner¹⁰ ou argumenter¹¹. L'enseignement peut se faire par cas¹² (situation particulière) au lieu de se faire comme un exposé systématique¹³ (dogmatique). De même, l'argumentation peut prendre appui sur le particulier (cas) plutôt que sur le général (règle). Ici nous voudrions montrer comment s'argumentent et se construisent les topiques de toute argumentation qu'elle soit ou non casuistique.

L'intérêt de la méthode casuistique est ainsi qu'elle ne se réduit pas à de la casuistique entendue comme une argumentation à partir de cas. Elle en constitue le fondement. Elle s'étend à toute recherche juridique au point d'en être l'*organon*, l'outil privilégié. Elle est la méthode du droit pour argumenter la création de nouvelles catégories.

2. Enjeux de la méthode casuistique

Les enjeux de la méthode casuistique sont multiples.

D'un point de vue pratique, la méthode permet d'apporter une réponse à la question du volume des données : à partir de combien de décisions de justice, à partir de combien de cas dois-je cesser de chercher ? Comment savoir que j'ai bien recueilli toutes les données pertinentes ?

D'un point de vue méthodologique, la méthode répond à la question de savoir si les données sont qualitativement pertinentes : comment savoir que je n'ai pas oublié un arrêt essentiel sur la question que j'étudie ?

D'un point de vue heuristique, la méthode répond au problème de l'orientation de la recherche : comment savoir ce que je dois chercher ? Comment m'orienter vers les données pertinentes, comment les identifier ?

⁷ J. Ghestin, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, p.11.

⁸ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p.118-123.

⁹ Pour une tentative de théorisation du discours casuistique en six étapes : A. Jonsen et S. Toulmin *The Abuse of casuistry*, University of California press, 1988, p.250-265.

¹⁰ F. Treggiari « Quelle casuistique? La méthode des cas dans l'histoire de l'enseignement juridique », *Historia et ius* 2017, p.1, consulté le 7 février 2019 : http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/treggiari_11.pdf

¹¹ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2000, n° 71, p.285 ; Ph. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1986, p.154.

¹² C. C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, 1871; G. Langrod, « La méthode des cas et la science administrative américaine », *Revue française de science politique*, n°4, 1953, p.832.

¹³ G. Kalinowski, « Une théorie de la dogmatique juridique », *Arch. phil. droit* 1970, p. 408.

D'un point de vue épistémologique, la méthode casuistique apporte une réponse à la difficile question de la validation des propositions et des hypothèses de recherche. Nous montrerons que cette validation n'obéit pas à un protocole de type expérimental et scientifique mais relève justement d'une autre logique.

3. Distinction entre méthode casuistique et application des règles

La méthode casuistique n'a jamais fait l'objet d'une formalisation en tant que telle car elle est confondue avec la casuistique. Cette méthode est pourtant une authentique *pensée par cas*¹⁴. La casuistique désigne ainsi à la fois un moment historique de la théologie morale¹⁵, une forme de pédagogie¹⁶ ainsi qu'une catégorie théorique¹⁷. Il est bien évident que nous laissons ici de côté les aspects historiques et pédagogiques pour nous concentrer sur le statut théorique de la casuistique.

Il existe effectivement une grande différence entre la méthode casuistique et la méthode des cas. Cette dernière a été popularisée par Langdell aux Etats-Unis¹⁸ et Jhering en Allemagne¹⁹ et elle consiste à exposer le droit sous la forme de cas. Mais cette méthode n'est pas critique, non pas au sens où elle ne permettrait aucune critique des cas exposés, mais plutôt dans le sens où elle vise à transmettre un savoir²⁰ et non à le réviser ou le construire. En cela, bien que la terminologie soit proche, la méthode casuistique n'a pas le même but ni la même fonction que la méthode des cas.

Théoriquement, la casuistique est une forme d'argumentation par cas qui s'oppose à une argumentation par les règles. Soit je tente de rapprocher deux situations concrètes (argumentation par cas) soit je tente d'inclure le cas dans un ensemble général (argumentation par des règles). C'est la distinction entre le général et le particulier qui oppose les deux formes d'argumentation. L'argumentation qui pense le particulier sous le général sera alors appelée « subsomption ».

Par ailleurs, l'argumentation casuistique est elle-même susceptible de variations. Elle peut, dans sa version extrême, être une argumentation « au cas par cas », véritable casuistique de l'à-propos qui évoque la casuistique coutumière. Dans cette voie, la solution peut changer pour chaque cas car chaque cas est différent des autres. L'argumentation casuistique consiste le plus souvent en droit à argumenter en référence à des cas déjà jugés, bref à user de l'argument du précédent. L'objectif est d'assurer une certaine stabilité dans la prise des décisions en assimilant les nouveaux cas à des cas déjà jugés. Bref, il s'agit littéralement de traiter les cas semblables de façon identique.

¹⁴ Sur ce point, voyez l'irremplaçable contribution de J.-C. Passeron et J. Revel, (dir.) *Penser par cas*, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2005.

¹⁵ S. Boarini, *Qu'est-ce qu'un cas moral ?* Vrin, 2013, p.27 et s.

¹⁶ V. Larrosa, « La casuistique et l'enseignement du droit », *La pédagogie au service du droit*, dir. Ph. Raimbault, M. Hecquard-Théron, LGDJ et Presses de l'Université Toulouse 1, 2011, p.71.

¹⁷ Y. Thomas, « 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.

¹⁸ C.C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, 1871.

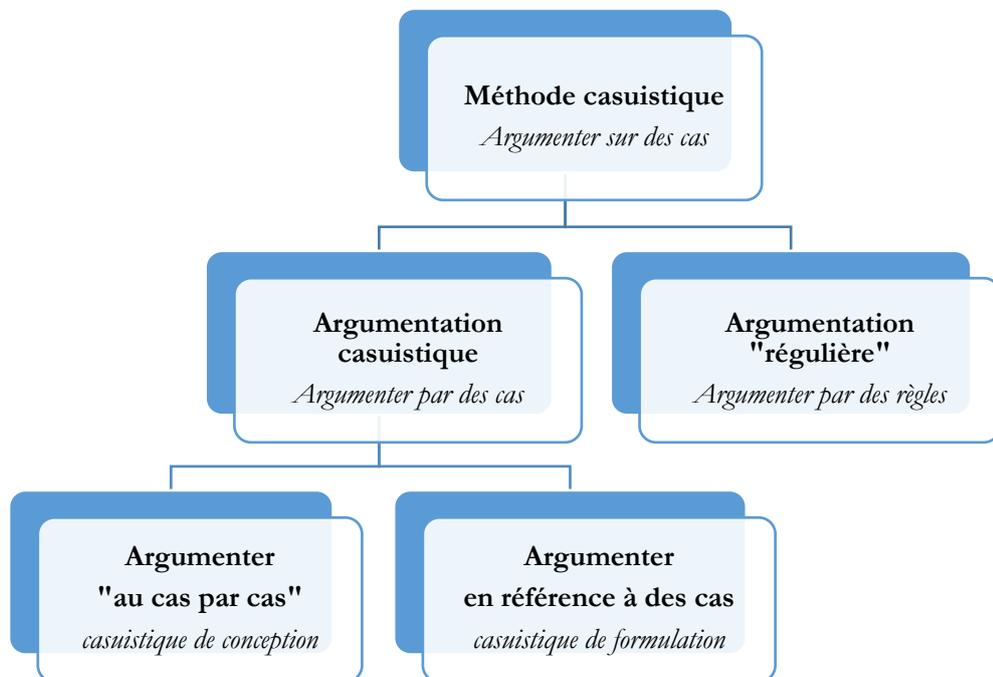
¹⁹ R. von Jhering, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, Leipzig 1847; *Die Jurisprudenz im täglichen Leben*, Jena 1870

²⁰ Sur tous ces points : Ferdinando Treggiari « Quelle casuistique? La méthode des cas dans l'histoire de l'enseignement juridique », précité, n°4.

La méthode casuistique est la théorisation de l'ensemble des argumentations, qu'elles se fassent à partir de règles ou à partir de cas. En effet, la méthode casuistique est en soi une argumentation *sur* des cas. Autrement dit, c'est une authentique pensée par cas. Cela signifie qu'elle n'est pas limitée par les cas qu'elle prend pour objet. Bien au contraire, la méthode implique de réaliser de véritables généralisations et c'est précisément là que se trouve son intérêt technique. La méthode casuistique n'exclut donc pas la pensée générale et abstraite ou la pensée par concept, bien au contraire, elle peut opérer à son soutien et son développement. Les concepts permettent justement de déterminer les cas qui se trouvent à leur frontière et donc d'identifier les cas problématiques qui seront l'attention du chercheur.

Comme le montre le tableau ci-dessous, il existe une véritable montée en abstraction avec la méthode casuistique qui englobe toutes les façons d'argumenter, que les prémisses soit particulières ou générales.

Tableau n°1
Méthode casuistique & argumentation casuistique



Pour résumer, la méthode casuistique ne procède ni de façon générale ni de façon particulière car elle n'est pas une forme d'argumentation mais une façon de penser et de chercher. En cela, elle est une véritable méthode au sens propre du terme, à savoir une certaine façon de cheminer (*methodos*, en grec signifie « la poursuite d'une voie »). Toute la méthode peut être résumée en une seule idée simple : il faut *penser par cas critiques*. Ainsi, tout l'exposé de la méthode casuistique va consister à expliquer ce que signifie l'expression de « cas critiques », c'est le point le moins clair dans la littérature scientifique, il mérite donc un éclaircissement afin de comprendre en quoi la méthode des cas critiques (I) a une portée épistémique (II).

I. La méthode des cas critiques

4. Caractère décisif du cas critique

Nous avons choisi la terminologie de « cas critique » en raison de ce qu'évoque son étymologie. Elle n'a donc ici aucun caractère péjoratif ou « critique » au sens courant du terme c'est-à-dire en tant que façon de dénoncer les mauvais côtés d'une réalité. Le terme de « critique » vient du grec « *krisis* » qui signifie à la fois séparer, distinguer et juger. Un élément critique implique le jugement, la décision et le choix. C'est exactement la même racine que le terme « critère » qui est littéralement ce qui permet de juger et de distinguer. Le jugement est, au moins depuis les analyses kantienne²¹, relié à la capacité à discriminer et à distinguer au sens logique des termes.

Le cas critique appelle à opérer des distinctions décisives, littéralement des distinctions qui permettent de décider. Le droit étant une pratique évidemment liée au jugement et à la prise de décision, il n'est guère besoin d'insister sur le relief tout particulier que prend le sens du mot « critique » dans le contexte qui nous occupe.

L'apport considérable d'un raisonnement à partir de cas critiques peut être tiré de l'incontournable contribution de Yan Thomas à ce sujet²². Dans un article sur le problème de la communauté disparue dans les monastères, il montre comment les juristes de l'église ont dû affronter une question redoutable : en l'absence de moines encore en vie (par ex. ils sont tous décédés de la peste), les biens du monastère font-ils retour à la papauté ou bien sont-ils la propriété de la communauté disparue ? Les juristes modernes répondraient sans hésiter que tout dépend de savoir si le monastère a la personnalité morale, bref s'il s'agit d'une entité dotée d'un patrimoine propre.

Yan Thomas montre excellemment que c'est précisément le cas rare et exceptionnel d'une communauté sans membres vivants qui a permis d'élaborer et de valider l'hypothèse de la personnalité morale des groupements. Celle-ci s'est d'emblée affirmée comme la solution du cas exceptionnel mais encore de tous les cas ordinaires.

Cette analyse est renversante dans tous les sens du terme puisqu'elle montre de façon absolument contre-intuitive que le normal est contenu dans l'exceptionnel. Non pas bien entendu au sens logique (ce qui serait une absurdité puisque l'exception déroge à la règle) mais au sens méthodologique puisque la méditation sur le cas exceptionnel permet d'établir une solution pour tous les autres cas : « *on installe d'emblée le cas ultime au principe de tous les cas possibles* »²³.

On mesure l'intérêt de la méthode : raisonner sur des cas exceptionnels, au sens de cas rares, permet de faire l'économie de l'analyse de toute une série de cas d'usage ou typiques issus de longues séries pratiques. En effet, c'est « *au moment même de l'exception, lorsqu'une solution se saisit en sa circonstance la plus extrême, que son degré de généralité est au plus haut* »²⁴.

²¹ *Critique de la raison pure*, analytique transcendantale, Livre 1, Chap. 1, sect. 1, I ; AK III, 113-114.

²² Y. Thomas, « 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, réédité dans *Les opérations du droit*, Seuil, Gallimard, 2011, p.207-238.

²³ Y. Thomas, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Penser par cas*, Editions de l'EHESS, 2005, p.69.

²⁴ Y. Thomas, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Penser par cas*, Editions de l'EHESS, 2005, p.46.

L'attrait pour l'exceptionnel ne dérive donc pas d'une espèce de goût morbide pour ce qui est bizarre et rare mais d'une exigence proprement méthodologique qui vise à épuiser le champ des possibles par une puissante économie de moyens. On pourrait presque poser en forme de sentence qu'« un cas exceptionnel vaut plus que tous les cas normaux ».

En somme, il faut prendre l'exceptionnel au sérieux, ne pas le marginaliser au prétexte qu'il est rare ou peu fréquent dans la pratique. C'est justement cette rareté qui fait son intérêt. Un auteur comme Jean Rivero l'avait parfaitement compris en écrivant des remarques éloquentes qui parlent d'elles-mêmes :

« La "pièce rare", la curiosité juridique peut en apprendre beaucoup plus sur la technique du droit et les méthodes de raisonnement que la question à longueur de journée plaidée et jugée. Il y a dans l'océan plus de sardines que de cœlacanthes mais l'étude du cœlacanthe apporte plus à la science que celle de la sardine. Le juriste a non seulement le droit mais l'obligation de choisir ses sujets de recherche en fonction de ce qu'ils peuvent ajouter à la connaissance des phénomènes juridiques. La pratique n'y perdra rien : le retour aux fondamentaux est en général la seule méthode qui lui permette de se désempourber »²⁵.

Ainsi, la méthode des cas critiques permet de pointer la pertinence d'une pensée sur des cas soigneusement choisis pour leur valeur épistémique. C'est bien en cela qu'ils peuvent être dits « critiques ».

5. Le sens du terme « critique »

La sensibilité à l'exception dans la formulation d'hypothèses évoque dans le domaine scientifique les analyses de Thomas Khun selon lesquelles un paradigme dominant est progressivement remplacé pour intégrer des phénomènes auparavant jugés comme exceptionnels²⁶. En d'autres termes, le changement de paradigme consiste à normaliser l'exceptionnel. Ce mouvement de pensée n'est pas étranger à celui qui vient d'être décrit puisque c'est en partant du cas problématique (qui ne vérifie pas l'application de la règle) que tout le champ de la règle se trouve révisé, redéfini voire reconceptualisé²⁷.

Cette méthode ressemble également à ce qu'on appelle les « expériences cruciales » en sciences²⁸, c'est-à-dire un certain type d'expérience qui permettrait de choisir entre deux théories concurrentes. L'expérience cruciale vise un fait décisif, celui qui permet de trancher et juger. En cela, le cas critique occupe dans la recherche juridique une fonction semblable. Il n'a pourtant pas besoin d'être reproductible. Le seul fait d'en poser l'hypothèse aide en soi à opérer une catégorisation plus fine et satisfaisante au regard du champ des possibles.

Ainsi, il paraît plus rigoureux de parler de cas critique plutôt que de cas rare, exceptionnel, difficile ou extrême.

²⁵ J. Rivero, préface in G. Lescuyer, *Le contrôle de l'État sur les entreprises nationalisées*, LGDJ, t. XXIII, 1962.

²⁶ Thomas Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, Champs, 2008, p.240.

²⁷ P. Livet, « Raisonner sur des cas », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p.174 : « on n'examine pas tous les cas, mais seulement les cas critiques, ceux qui changent une propriété fondamentale ».

²⁸ Ch. Atias, « L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales ? », *Théorie du droit et science*, dir. P. Amsselek, PUF, Leviathan, 1995, p.129.

Le cas rare n'est pas forcément critique. Il existe des situations de fait tout à fait étranges qui n'ont pas d'intérêt épistémologique²⁹. Il en va ainsi des cas marginaux : ils sont tout à fait rares voire uniques mais n'évoquent pas de difficulté spécifique. Ainsi, le vol d'un rhinocéros dans un zoo ne se produit pas tous les jours mais se règle aisément par l'application de la définition légale du vol. Cette donnée rare n'est donc pas critique au sens méthodologique et épistémique. De même, il y a très peu d'accidents de la circulation où trois *Porsches* sont impliquées simultanément mais, une nouvelle fois, cette donnée rare ne modifie pas la qualification juridique. En revanche, un accident avec une voiture sans conducteur (hypothèse des voitures autonomes dirigées par une intelligence artificielle) est aujourd'hui rare et critique car elle impose de redéfinir le concept d'imputation de la responsabilité. Aussi, sans surprise, de nombreuses études ont déjà été produites pour résoudre cette question. Si la question a été intuitivement perçue comme pertinente c'est sur la base du caractère critique du cas.

Le cas exceptionnel n'est pas non plus nécessairement critique car l'exception peut de façon tout à fait banale signifier les limites d'une règle. Elle n'a donc jamais en soi la vocation à intégrer la règle. L'incapacité est une exception au regard de la capacité, il serait contraire à cette distinction de prétendre intégrer l'incapacité dans la théorie de la capacité afin de montrer que tous sont capables.

Le cas difficile (*hard case*)³⁰ est une terminologie popularisée par les droits issus du *common law*. Le cas difficile se signale par la possibilité de développer des argumentations équivalentes pour justifier des solutions opposées. Il présente ainsi une incertitude forte sur son traitement juridique. Néanmoins, tous les cas difficiles ne sont pas critiques. La difficulté du cas peut provenir d'une difficulté morale. Dans l'exemple dworkinien de l'affaire *Riggs c. Palmer*, le refus que le meurtrier hérite de son testateur traduit un choix moral contre le sens littéral des règles en vigueur. Le cas n'est pas critique en ce sens qu'il n'y avait *a priori* aucune hésitation sur les conditions de validité d'un testament. C'est bien au contraire le choix moral du tribunal qui rend du coup la règle ambiguë. Ainsi, le cas difficile, qui n'était pas initialement critique, peut le devenir s'il est étudié comme une nouvelle donnée jurisprudentielle à intégrer dans l'analyse des règles de dévolution successorale. Le cas pourra être traité comme une exception ou bien pourra susciter une tentative de reconceptualiser les conditions pour hériter par la voie testamentaire.

Le cas extrême est une terminologie peu fréquente qui désigne les situations où le cas bascule hors du droit³¹. Par exemple, le droit nazi appelle plus une réponse politique ou morale qu'une réponse proprement juridique. Les circonstances exceptionnelles dans la Constitution, ou d'autres dispositifs assimilés, illustrent une ambiguïté fondamentale où le droit lui-même prévoit des hypothèses où il ne s'applique plus en totalité ou en partie. Cette situation très singulière a été analysée avec beaucoup de profondeur par Giorgio Agamben³². Il n'est donc pas question d'en refaire ici l'analyse si ce n'est pour observer qu'elle ne relève pas de l'objet de cette étude qui s'intéresse à la méthode telle que suivie dans la recherche juridique et non au sens profond de l'idée d'exception.

²⁹ S. Boarini, « Herméneutique du cas : dire le cas », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p.147 : le cas « est singulier sans être nécessairement unique, ni même rare ; il est susceptible de se reproduire ».

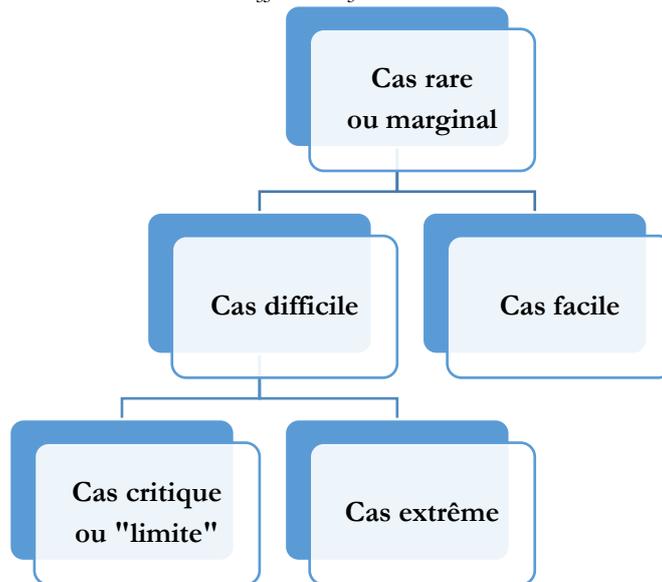
³⁰ R. Dworkin, « Hard Cases », *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, p. 1057 et s.

³¹ G. Timsit, J. Cantegreil, *Pour une théorie des "cas extrêmes" : aux limites du pouvoir juridictionnel*, Ed. Rue d'Ulm, DL 2006.

³² G. Agamben, *Etat d'exception*, Le seuil, l'Ordre philosophique, 2003.

Enfin, le cas-limite est toujours critique. L'expression de cas-limite (*border-line*) est issu du vocabulaire de la psychopathologie³³ pour caractériser des organisations psychiques qui sont à la frontière de la névrose et de la psychose, grande dichotomie autour de laquelle la classification des troubles psychiques a longtemps été organisée³⁴. En matière médicale de façon générale, le cas limite oblige à un diagnostic différentiel, c'est-à-dire à une méthode d'investigation des symptômes qui consiste à distinguer l'affection du patient d'autres maladies proches³⁵. C'est souvent de cette façon que de nouvelles maladies ou pathologies sont découvertes car elles sont inclassables en l'état du savoir reconnu. En d'autres termes, le cas-limite provoque un effet de seuil permettant de tracer de façon décisive des frontières³⁶.

Tableau n°2
Les différentes formes de cas rares



Pour résumer, tous les cas rares ou marginaux ne sont pas forcément difficiles. Parmi les cas difficiles, seuls certains sont critiques au sens épistémologique du terme, c'est-à-dire au sens où ils imposent de réviser certaines conceptualisations admises. De cette façon, la recherche progresse réellement en affinant la façon de rationaliser l'argumentation de ces cas. Elle propose encore dans la justification en général des cas normaux ou typiquement illustratifs d'une catégorie.

L'équivalent fonctionnel dans les sciences empiriques des cas critiques sont les expériences cruciales. L'équivalent en médecine ou en psychopathologie sont les cas-limites.

³³ Le psychiatre Charles Hugues Hamilton a écrit en 1884 un texte posant le principe du cas-limite : « Rapports psychiatriques de cas limites – Symptômes prodromiques de détérioration psychique ». V. sur ce texte : Jean-Louis Chassaing, « Faut-il en faire cas ? Présentation d'un texte historique des « états-limites » », *La revue lacanienne*, vol. 10, n°2, 2011, p. 95-98.

³⁴ Désormais, l'approche se veut plus descriptive et symptomatique : American Psychiatric Association, *DSM-5 - Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, Elsevier Masson, 2015.

³⁵ Philippe Furger, *Investi-Méd. Diagnostic différentiel en médecine générale*, D & F, Québec, 3^{ème} éd., 2015.

³⁶ P. Napoli, « Après la casuistique : la règle vivante », *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Ecole française de Rome, 2013, p.191 : « Le cas ne peut être que cas-limite, car il inclut dès le départ les conditions lui permettant de devenir un cas précisément normal ».

Dans ces autres disciplines, le cas crucial ou le cas limite conduit à réorganiser les catégories qui composent le savoir admis. L'enjeu du cas critique est donc pleinement épistémologique.

II. Portée épistémologique de la méthode des cas critiques

6. Enjeu épistémologique du cas critique

La conséquence d'une pensée par cas critique (et pas seulement d'une pensée par cas) est d'entrer de plein pied dans un désaccord rationalisé et balisé. Le cas critique conduit à repositionner les théories admises, à les préciser voire à éliminer certains éléments conceptuels superflus ou inadaptés dans l'analyse. Autrement dit, il s'agit de montrer que le concept ou la thèse proposée explique mieux les données existantes. Expliquer mieux signifie que les concepts sont plus inclusifs (ils permettent de traiter ce qui auparavant était considéré comme anormal) ou bien plus simples (l'appareil théorique est allégé de ses éléments non explicatifs). La meilleure façon de prendre conscience de l'apport de la méthode des cas critiques est sans doute de prendre des exemples concrets de recherche. Ces exemples sont nécessairement techniques car pour découvrir et exploiter un cas critique, il faut au préalable parfaitement maîtriser tout un champ du savoir disciplinaire.

Un premier exemple peut être tiré du concept d'inexécution du contrat³⁷. La doctrine dominante considère que l'inexécution, bien qu'elle ne soit pas définie par la loi, est une forme de faute. La catégorie de la faute devrait alors se scinder en faute contractuelle et faute délictuelle selon qu'elle soit ou non la violation d'une obligation contractuelle. Toutefois, il existe des cas où le concept est non explicatif des solutions retenues. Il en va ainsi en matière d'obligation de non concurrence. Si un médecin cède sa clientèle, il s'oblige en même temps à ne pas se réinstaller dans un certain rayon géographique. S'il se réinstalle malgré tout, le seul fait de sa réinstallation est une inexécution du contrat. En soi, la preuve de l'inexécution suffisait à l'octroi de dommages-intérêts en vertu de l'ancien article 1145 du Code. De cette façon, une hypothèse critique pouvait être formulée à partir de ce cas : si l'inexécution est une forme de dommage, ceci explique parfaitement la situation puisque le dommage réparé serait justement le fait de la réinstallation. Il resterait alors à voir, selon la méthode critique, si l'hypothèse de l'inexécution comme dommage peut être étendue pour expliquer les autres cas d'inexécution. De cette façon, tout le débat sur la responsabilité contractuelle se trouve revisité et réinterprété.

Un autre exemple lui aussi issu du droit des obligations est totalement révélateur de la fertilité de la méthode des cas critiques. La jurisprudence et, depuis 2016, la loi admettent une forme particulière de compensation des créances et des dettes : la compensation pour connexité³⁸. La particularité de celle-ci est qu'elle joue même en l'absence de liquidité ou d'exigibilité de la créance. L'intérêt de cette compensation est qu'un débiteur refusera de payer une entreprise qui est elle-même insolvable : à défaut d'obtenir le paiement de sa propre créance, le débiteur évite une perte supplémentaire qui serait de payer sa propre obligation à un créancier qui ne pourra jamais exécuter la sienne à son égard. Les auteurs ont toujours souligné l'aspect étrange de cette

³⁷ Exemple tiré de notre thèse de doctorat : F. Rouvière, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, n°70 et s.

³⁸ CCiv. art. 1349. Jurisprudence constante depuis Cass. civ. 1^{ère} 18 janvier 1967, *Bull.* I, n°27 : « lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité ».

compensation car elle ne peut produire un effet extinctif : il est en effet impossible de réaliser une soustraction entre deux dettes s'il manque le montant de l'une d'elles, c'est l'évidence ! Les auteurs enseignent alors que la compensation pour connexité a un effet de garantie³⁹. Selon la méthode des cas critiques, il faut alors vérifier l'hypothèse selon laquelle les autres effets de l'obligation pourraient s'expliquer par cette fonction de garantie, bref savoir si l'obligation elle-même est une garantie. De façon surprenante, l'hypothèse fonctionne et explique la nécessité du consentement du créancier pour céder la dette (changement de l'assiette de la garantie) alors que ce consentement n'est pas requis pour la cession de créance (la garantie n'est pas modifiée). En réalité, c'est tout le régime général de l'obligation qui peut être relu et réinterprété à la lumière de l'idée de garantie⁴⁰.

En passant en revue plusieurs recherches-phares en droit des obligations, on s'aperçoit que beaucoup ont pour point de départ l'analyse d'un cas critique. La distinction entre le contenu obligatoire et la force obligatoire du contrat a été construite à partir de l'analyse du seul contrat de cautionnement qui produit un effet obligatoire avant même que naisse une éventuelle obligation de remboursement⁴¹. Certains cas critiques comme l'action directe⁴² ou la cession de contrat⁴³ ont été l'objet d'études doctrinales avant de trouver leur consécration légale et, par conséquent, leur normalisation. En droit des biens, la théorie du démembrement de la propriété a trouvé son cas critique dans l'hypothèse de démembrements perpétuels⁴⁴, assimilables à des quasi-propriétés. De la même façon, la clause de réserve de propriété est un cas critique de distinction entre la propriété et l'usage puisque la revente d'un bien frappé d'une telle clause est possible alors même que le titulaire n'est pas propriétaire de la chose⁴⁵ ! En droit des biens, l'existence d'obligations attachées à certaines servitudes a conduit des auteurs à produire des théories totalement alternatives à celles existantes⁴⁶.

La méthode des cas critiques n'est donc pas une curiosité méthodologique ou une nouvelle façon de penser les problèmes juridiques. Bien au contraire, elle est l'expression, peut-être la plus naturelle, de la signification intrinsèque de la recherche juridique.

Le cas critique permet de construire un concept efficace dans tous les cas. Il oblige à revisiter et à retravailler les définitions reçues. Il est critique dans le sens le plus courant du terme. De même, le cas critique produit de la nouveauté théorique, il oblige à innover conceptuellement ou du moins à réorganiser les catégories existantes. Le progrès est réel en termes de rationalisation et donc d'intelligibilité voire de pédagogie. Enfin, le cas critique ne se réduit pas à de la spéculation théorique : il est ancré dans un problème pratique et permet ainsi par extension d'en résoudre un grand nombre. C'est un corollaire de l'idée selon laquelle le cas critique inclut aussi les cas normaux.

³⁹ C. Gabet-Sabatier, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD civ.* 1980, pp.39-65, n°4 et s. p.40 et s.

⁴⁰ Sur cette démonstration : F. Rouvière, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p.1.

⁴¹ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p.771 et s., spéc. n°41 où l'auteur explique être parti du cas limite du cautionnement.

⁴² Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991.

⁴³ L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.

⁴⁴ Th. Revet, « Le droit réel dit "de jouissance spéciale" et le temps », *JCP G* 2015, 252 ; J.-L. Bergel, « Le "droit réel de jouissance spéciale" ne peut pas être perpétuel », *RDI* 2015, p.175 ; L. Andreu, N. Thomassin, « Précision jurisprudentielle sur la durée du droit de jouissance spéciale », *Deffrénois* 2015, p.419.

⁴⁵ D. Mainguy, *La revente*, Lexisnexis, 1996.

⁴⁶ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960.

7. Contexte épistémologique de la méthode

La méthode des cas critiques possède un statut épistémologique propre qui la distingue d'autres façons de faire de la recherche.

Il est d'abord évident que la méthode des cas critiques est qualitative. Elle vise à trouver le cas critique, celui qui donne sens à toute l'analyse théorique et permet de revenir aux fondamentaux de la discipline. A cet égard, elle s'oppose certainement à tout type de méthode quantitative et statistique qui viserait à rendre compte du contentieux, bref à mesurer une réalité empirique⁴⁷. La méthode des cas critiques est factuelle mais elle n'est pas empirique. Elle ne valide pas ses hypothèses par un grand nombre de cas (ce qui serait absurde si les cas sont rares) mais au contraire élabore un appareil théorique capable d'appréhender tout le contentieux sans l'avoir analysé dans le détail.

Ensuite, la méthode des cas critiques est certes une pensée par cas mais elle est critique. Ainsi, une analyse qui consisterait à collecter toute une série d'arrêts de façon plus ou moins exhaustive pour ensuite faire ressortir les grandes idées directrices qui traversent les courants jurisprudentiels⁴⁸ ne relèverait pas de la méthode des cas critiques. Il s'agit plutôt d'une façon de procéder qui consiste à établir de récurrences statistiques faibles à partir de cas issus du contentieux et préalablement sélectionnés en raison de leur intérêt. A l'inverse de cette voie, la méthode des cas critiques vise le cas en lui-même et pour lui-même et non pas comme illustrant une série ou une tendance. Que la solution appliquée au cas critique s'applique aux cas normaux ne résulte pas d'une mise en série des cas mais d'une relation logique nécessaire entre le cas critique et la catégorie qui a permis de le qualifier comme tel.

Enfin, la méthode casuistique revendique le fait qu'elle repose sur un échantillonnage non représentatif du contentieux⁴⁹. Le cas critique est un échantillon pertinent, non pour mesurer une réalité sociologique, mais pour mesurer la pertinence des problèmes juridiques. Elle reste donc qualitative de part en part. Elle permet ainsi de résoudre un problème volontiers occulté dans la recherche juridique, à savoir celui du nombre de données. A partir de combien d'arrêts la recherche est-elle pertinente ? Dans un monde où les données sont de plus en plus facilement accessibles, l'idée d'exhaustivité perd totalement son sens. La méthode des cas critiques est donc représentative, non des masses jurisprudentielles, mais des structures d'argumentations à déployer pour traiter les cas. Son caractère méthodologique est donc profondément marqué. Il a pour avantage de tracer une ligne bien claire entre des travaux de recherche juridique, ayant une portée argumentative, et des travaux à connotation sociologique ayant une dimension plus politique.

De manière plus globale, la méthode des cas critiques permet de trancher un débat propre à la construction des concepts. Doit-on penser un concept par les bords ou par le centre ? Les travaux menés en psychologie cognitive ou en psychologie du développement tendent à montrer que l'élaboration de nos concepts se réalise par le centre. Ainsi, la psychologue Eleanor Rosch a

⁴⁷ Ch. Beroujon, *Contribution à l'analyse du couple contentieux/jurisprudence : le bail en justice de 1840 à 1910*, thèse Saint-Etienne, dir. A. Jammaud, 1992.

⁴⁸ Pour une thèse procédant de la sorte, v. par ex. B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

⁴⁹ Comp. R. Libchaber, « Le juriste est ses objets », *Enquête*, 1999, p.252.

élaboré la théorie des prototypes⁵⁰ visant à réfuter l'idée que notre psychisme raisonne en termes de conditions nécessaires et suffisantes. Notre psychisme tendrait plutôt à partir d'un cas exemplaire ou central pour ensuite l'utiliser comme étalon pour qualifier les cas nouveaux. C'est également la conclusion du psychologue biélorusse Lev Vygotski qui a mis en exergue la valeur des modèles concrets dans l'élaboration de la pensée de l'enfant⁵¹.

A rebours des analyses psychologiques, la méthode des cas critiques s'affirme clairement comme une pensée par les bords du concept. En effet, la méthode des cas critiques ne prétend aucunement décrire les processus psychologiques de pensée d'un juriste mais plutôt la façon dont il raisonne et cherche ! En effet, la formulation d'hypothèses de recherche relève d'un protocole qui rompt avec la pensée ordinaire. Ce fait a déjà été magistralement mis en évidence par Gaston Bachelard : les concepts scientifiques pensent souvent contre le sens commun voire contre l'intuition première⁵². A cet égard, le fonctionnement naturel de l'esprit n'est peut-être pas de raisonner en termes de conditions nécessaires et suffisantes mais c'est en revanche une contrainte que le droit s'impose très régulièrement : toutes les définitions des infractions suivent un tel schéma.

Ainsi, la portée de la méthode des cas critiques en dehors de la recherche juridique serait de souligner que les théories psychologiques du concept, si elles expriment un aspect de son utilisation seraient en revanche inaptes à rendre compte de son élaboration technique. C'est sans doute encore une autre façon de souligner la spécificité de la conceptualisation juridique. Si son mode de rationalité obéit à une logique propre, il n'y a pas lieu de la récuser au profit d'autres modes de rationalité issus de la vie courante. Tout tend à confirmer que l'argumentation et la recherche juridique est bien une affaire d'experts.

⁵⁰ E. Rosch, « Prototype Classification and Logical Classification: The Two Systems », in *New Trends in Conceptual Representation: Challenges to Piaget's Theory?*, Scholnick, E.K. (ed), Lawrence Erlbaum Associates, Hillsdale, 1983, pp. 73–86

⁵¹ L. Vygotski, *Pensée et langage*, La Dispute, 1997, p.216.

⁵² G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 2000, p. 13 et s.