



HAL
open science

L'École aixoise de méthodologie juridique

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. L'École aixoise de méthodologie juridique. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2021, Les Ecoles de pensée de droit / Legal School of Thoughts, pp.103-123. hal-04142548

HAL Id: hal-04142548

<https://amu.hal.science/hal-04142548v1>

Submitted on 27 Jun 2023

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.



L'ÉCOLE AIXOISE DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Frédéric Rouvière *

* Professeur des Universités, directeur du Laboratoire de Théorie du Droit (Aix-Marseille, France).

Sommaire

De l'usage du terme d'école	103
I. L'école aixoise de méthodologie vue à travers l'institution universitaire	109
II. Le primat de la méthode et du savoir	112
III. L'importance accordée aux catégories du droit	114
IV. Le primat du point de vue « méta »	118
V. Existe-t-il un paradigme méthodologique?	120

De l'usage du terme d'école

Parler d'école aixoise de méthodologie juridique invite à s'entendre sur l'usage du terme « école ». En effet, si l'idée d'école dans le domaine du droit a certainement un sens historique, elle peut aujourd'hui avoir un sens péjoratif, critiquable, voire problématique.

Historiquement, le droit romain connaît l'école sabinienne qui s'oppose à l'école proculienne. La première est réputée conservatrice et légaliste, la seconde plutôt libérale et novatrice : elle porte davantage le regard sur les faits que sur les règles. Mais les historiens prennent cette description avec prudence¹. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le régime napoléonien a rétabli les écoles de droit supprimées par les révolutionnaires². L'emploi du terme peut aussi se justifier par cette voie.

Cependant, le terme d'école est devenu *péjoratif* en France en raison de l'expression « d'école de l'exégèse ». Cette dernière a été dépeinte ou décrite comme un ensemble d'interprètes serviles respectant scrupuleusement la lettre du code civil³. Il a toutefois été fait justice de cette approche et des auteurs ont montré le caractère artificiel et rétrospectif de la construction d'une école de pensée⁴ là où il n'y avait en réalité que des

¹ Aldo SCHIAVONE, *IUS. L'invention du droit en occident*, trad. par G. BOUFFARTIGUE et J. BOUFFARTIGUE, coll. « Alpha », Paris, Belin, 2008, p. 356 et 357. L'auteur use de guillemets pour désigner les « écoles » qui n'ont pas l'homogénéité scientifique ou politique qu'on pourrait leur prêter.

² Loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) qui organise douze écoles de droit : Paris, Dijon, Grenoble, Aix, Toulouse, Poitiers, Rennes, Caen, Strasbourg, Bruxelles, Coblence et Turin.

³ Julien BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, De Broccard, 1924; Julien BONNECASE, *La Thémis (1819-1831) : son fondateur, Athanase Jourdan*, 2^e éd., coll. « La science du droit privé en France au début du XIXe siècle », Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

⁴ Mikaël XIFARAS, « L'École de l'Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1796-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », (2001)

individus exprimant leur liberté de penser⁵. D'ailleurs, la dénomination d'école n'a pas une telle connotation négative en peinture, en sciences sociales⁶, en histoire, y compris en histoire de la philosophie⁷. Il s'agit dans tous ces cas de décrire des styles ou des courants de pensée⁸.

Effectivement, en Allemagne, l'école historique du droit (*historische Rechtsschule*), l'école du droit libre (*Freirechtsschule*)⁹ voire l'école des pandectes¹⁰ sont des expressions devenues familières; elles expriment avant tout l'idée d'un mouvement de pensée ou d'un mouvement doctrinal. C'est ainsi que l'école historique du droit analyse le droit sous l'aspect de son évolution historique (approche de Carl von Savigny) tandis que l'école du droit libre est plus attentive à son substrat sociologique (approche d'Hermann Kantorowicz, Ernst Stampe, Fritz Berolzheimer, Ernst Fuchs). À cet égard, le terme d'école paraît neutre et ne préjuge pas de la valeur des idées rapportées.

144 *Ius commune : Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne jus commune* 177.

⁵ Philippe RÉMY, « Éloge de l'exégèse », (1985) 1 *Revue de la Recherche juridique-Droit prospectif*, p. 115 et suiv.

⁶ Paul-Laurent ASSOUN, *L'École de Francfort*, coll. « Que sais-je? », Paris, Presses Universitaires de France, 1987; Alain TOURAINE, « Les écoles sociologiques », (1990) *Cahiers de recherche sociologique* 14, p. 21-34.

⁷ Jean-Paul DUMONT (dir.), *Les écoles présocratiques*, Gallimard, 1991.

⁸ Jean Guy MEUNIER, « La logique de l'illocutoire : ses fondements selon Searle et Vanderveken », (1986) 13-2 *Philosophiques*, p. 383 : « Contrairement à la pratique philosophique des siècles passés, où une personne individuelle, (Kant, Hegel...), était considérée comme le pôle de référence, la pratique d'aujourd'hui s'exerce plutôt à travers des écoles de pensée qui génèrent non plus de vastes systèmes philosophiques, mais des thèmes et des problématiques spécifiques ».

⁹ Albert S. FOULKES, « On the German Free Law School (Freirechtsschule) », (1969) 55-3 *ARSP : Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, p. 367 et 417.

¹⁰ Jean GAUDEMET, *Encyclopedia Universalis*, « Pandectistes », en ligne : <<https://www.universalis.fr/encyclopedie/pandectistes/>>.

En France, l'emploi du terme école est pourtant encore *critiquable*. Par exemple, les administrativistes connaissent bien l'opposition entre l'école de Toulouse (dite encore école de la puissance publique) associée au nom de Maurice Hauriou et l'école de Bordeaux (dite encore école du service public) associée à Léon Duguit. Il s'agit en réalité d'un conflit de théories : le critère du droit administratif réside-t-il dans la notion de puissance publique ou de service public? Le terme d'école est alors une façon de parler et non une dénomination rigoureuse. Néanmoins, son utilisation est attestée. La dénomination d'école est encore utilisée pour parler du droit naturel moderne et désigner les apports d'Hugo Grotius et Samuel Pufendorf au 17^e siècle qui ont placé la science du droit sous le signe de la rationalité¹¹. Cesare Lombroso a laissé son nom à l'école italienne de criminologie (ou école positiviste) qui s'est illustrée par la fameuse théorie du criminel-né. Plus récemment, l'école de la défense sociale nouvelle a proposé de faire de la peine un outil de réinsertion de l'individu¹². Par précaution, certains auteurs mettent entre guillemets le terme d'école pour désigner la sociologie à la française de Jean Carbonnier qui n'a voulu ni disciples, ni être un maître¹³. Pourtant, le terme est bien là. Il n'y aurait sans doute aucun abus de langage à parler de l'école réaliste scandinave¹⁴ ou de l'école réaliste française¹⁵ puisque l'histoire de la philosophie du droit peut s'écrire, selon les meilleurs

¹¹ Simone GOYARD-FABRE, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, « École du droit naturel moderne et rationalisme juridique (XVIIe-XVIIIe) », p. 565.

¹² Marc ANCEL, « La défense sociale nouvelle », (1954) 6-4 *Revue internationale de droit comparé* 842.

¹³ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, t. 1, vol. 16, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981, p. 218.

¹⁴ Éric MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain : un essai de caractérisation », (2014) 24 *Revis – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 81.

¹⁵ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1994; Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2001; Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2012.

historiens, comme celle de ses écoles¹⁶. On pourrait certes objecter que le terme s'apparente plus à une manière d'écrire l'histoire de la pensée juridique qu'à la désignation d'une réalité sociologique. Dans cette voie, la question est donc ici de savoir ce que l'usage du terme recouvre avant même de discuter sa légitimité et les objets auxquels il renvoie.

À cet égard, le terme « école » renvoie apparemment à une certaine façon d'analyser et d'aborder le droit ou une partie du droit comme, par exemple, le droit administratif. On remarque encore que le terme d'école a quelque chose de constitutif : c'est une décision prise *a posteriori* pour les besoins de la description afin d'unifier un ensemble de pratiques intellectuelles ou d'idées autour d'une dénomination ou de noms d'une ou plusieurs personnes. À cet égard, l'emploi du terme d'école paraît avant tout descriptif et didactique. Toutefois, cette description porte moins sur des faits que sur l'identification d'une idée directrice, un ensemble de concepts, voire un noyau épistémologique ou un mode d'analyse du droit.

On le voit, le terme d'école en droit est *problématique* : il ne se réfère pas forcément à une réalité délimitée dans le temps et l'espace (par exemple l'exégèse du 19^e siècle), son champ est extrêmement variable (le droit ou une partie du droit) et il paraît revêtir une forme d'artifice en construisant une narration rétrospective (aspect fondateur). Le terme d'école est encore problématique, car il déborde de sa seule signification épistémologique. Il paraît impliquer des traits sociologiques comme la présence d'un maître ou d'un père fondateur, l'existence de disciples ou de continuateurs voire des adversaires¹⁷. Il est ainsi difficile de définir *de façon générale* ce qu'est une

¹⁶ Harold J. BERMAN, *Droit et révolution*, trad. par R. AUDOUIN, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 28.

¹⁷ Monique HIRSCHHORN, « L'école en sociologie : catégorie, objet, étiquette », (2018) 32 *Revue d'histoire des sciences humaines*, p. 153 : « À l'instar des spécialistes d'autres disciplines (droit, histoire, histoire de l'art, géographie, économie...), les sociologues ont fait du terme d'école, qui, dans l'un de ses usages ordinaires, désigne aussi bien

école¹⁸ et peut-être faudrait-il mieux parler de « traditions »¹⁹. La définition générale de l'école est d'autant plus difficile que certains dénoncent les écoles comme étant de pures chimères²⁰ ou bien ont fait le constat de leur fin²¹. Le terme apparaît en définitive comme étant au service d'une stratégie²². L'école ne serait qu'une façon d'écrire l'histoire de la pensée juridique pour légitimer ou discréditer certaines positions.

Dans ce contexte d'incertitude entourant la notion d'école, le présent propos consistera seulement à témoigner par ce terme qu'il a existé et qu'il existe encore une approche du droit propre à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence et qui s'incarne dans des idées associées nettement à des individus et des institutions. On pourrait résumer cela sous la forme d'un slogan : « un homme, une idée, un programme de recherche ». L'école est alors un modèle d'interprétation attaché à un nom²³.

un groupe composé d'un maître et de ses disciples ou d'un ensemble de pairs que les croyances et les pratiques qui sont les leurs ».

¹⁸ Voir dans cet ouvrage la contribution de François-Xavier LICARI, « Ecolifier : un exercice pour les "jurisprudes"? Un peu de réalisme à propos des écoles de pensée en droit ».

¹⁹ Randall COLLINS, « Les traditions sociologiques », (1995) 2 *Enquête* 11.

²⁰ Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « De l'inexistence d'une 'école de Poitiers' », dans Philippe NÉLIDOFF (dir.) *Les facultés de droit de province au XIX^e siècle. Bilan et perspectives de la recherche*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009, p. 313, à la page 334; F. MELLERAY, « L'école de Strasbourg, mythe ou réalité? », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 319.

²¹ Jacques CHEVALLIER, « La fin des Ecoles? », (1997) 3 *Revue du droit public* 679.

²² Christian TOPALOV, « Les usages stratégiques de l'histoire des disciplines. Le cas de l'école de Chicago », dans Johan HEILBRON, Rémi LENOIR et Gisèle SAPIRO (dir.), *Pour une histoire des sciences sociales. Hommage à Pierre Bourdieu*, Fayard, 2004, p. 127.

²³ A. SCHIAVONE, préc., note 1, p. 357.

Cette réalité est bien admise et bien établie pour l'école aixoise de droit constitutionnel²⁴ : le nom de Louis Favoreu est demeuré attaché à un centre de recherche²⁵ qui a eu et a encore pour objectif d'étudier les décisions du Conseil constitutionnel français avec les méthodes classiques du droit et, notamment, celle du commentaire d'arrêt. L'idée directrice était ainsi, contrairement au mouvement contemporain de l'époque, que le droit constitutionnel puisse être analysé indépendamment de considérations relevant de la science politique.

Aussi, nous voudrions parler d'école aixoise de méthodologie juridique non comme d'un monument achevé, dont il faudrait admirer une architecture défiant le temps, mais plutôt comme d'une certaine façon d'étudier le droit et de l'analyser. L'intérêt de cette approche est de fournir des repères dans la pensée juridique et de comprendre les divergences éventuelles avec d'autres façons d'étudier le droit. Bref, ce qui « fait école », selon une expression ambiguë, c'est un certain nombre d'idées et de lignes directrices suivies de façon plus ou moins consciente.

En dernière instance, le terme d'école paraît une nouvelle fois problématique s'il exprime la volonté de construire un manifeste et un programme de recherche qui prétend s'approprier des idées avec une certaine forme d'exclusivisme. Aussi, nous ne soutenons pas que les idées de l'école aixoise soient totalement originales et sans équivalent dans le paysage contemporain de la théorie du droit; c'est plutôt leur agrégat qui le serait. Il

²⁴ Xavier MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », dans *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 233.

²⁵ INSTITUT LOUIS FAVOREU GERJC et André ROUX, « Une "école d'Aix" : l'enseignement du droit constitutionnel et son évolution », dans Jean-Louis MESTRE (dir.), *Six siècles de droit à Aix 1409-2009 : mémorial de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille à l'occasion du sixième centenaire de sa fondation*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p.111.

faut encore souligner que cette école est fortement liée à la culture juridique française. Celle-ci est longtemps demeurée hermétique à la pénétration des autres sciences humaines ou sociales²⁶ et le demeure encore dans une large mesure.

L'intérêt de la présentation est donc de situer la production de l'école de méthodologie. Nous retrouvons ici les fonctions identitaires et heuristiques qui peuvent caractériser une école, outre le fait qu'elle répond à la question de savoir ce que veut dire « être juriste ». Ainsi, nous visons à rendre visible une certaine façon de faire du droit et d'en défendre l'identité disciplinaire. C'est en ce sens que nous proposons d'exposer les traits caractéristiques de l'école aixoise de méthodologie juridique en retraçant d'abord brièvement son ancrage institutionnel.

I. L'école aixoise de méthodologie vue à travers l'institution universitaire

On pourrait prouver la réalité de l'école aixoise de méthodologie juridique comme on prouve le mouvement en marchant. La journée d'étude organisée par l'Association internationale de méthodologie juridique est une création et une émanation de Jean-Louis Bergel, professeur à l'Université d'Aix-Marseille et aujourd'hui professeur émérite de la même université. Agrégé des facultés de droit en 1976 et avocat, Jean-Louis Bergel présente la particularité de n'avoir jamais été un pur théoricien du droit ni bien sûr un pur praticien. C'est sans doute dans une tentative de penser l'articulation entre la théorie et la pratique qu'il a fondé successivement l'atelier de méthodologie juridique en 1986²⁷ puis l'association qui porte le même nom. Les travaux de l'atelier ont été, depuis sa création, publiés en supplément de

²⁶ Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2004, p.139.

²⁷ Jean-Louis BERGEL, « Un "atelier de méthodologie juridique" : pourquoi? », (1986) 4 *Revue de la Recherche Juridique* 11.

la *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*, publication attachée aux Presses de l'Université d'Aix-Marseille. La réalité de l'approche méthodologique s'incarne ainsi dans toute une série d'articles et de perspectives de recherches sur les définitions, les objectifs dans la loi, l'analogie, les standards, etc. Jean-Louis Bergel publie parallèlement une théorie générale du droit en 1985, qui en est en 2012 à sa 5^e édition²⁸. Il publie surtout son ouvrage *Méthodologie juridique* en 2001, dont la troisième édition est parue en 2018²⁹ et dont le titre est parfaitement explicite.

Bien entendu, Jean-Louis Bergel n'est ni l'inventeur ni le créateur de la méthodologie juridique entendue non comme l'apprentissage des exercices pédagogiques de la dissertation, du commentaire d'arrêt et du cas pratique, mais comme une réflexion sur les méthodes du droit, sa logique et ses instruments techniques. La méthodologie est ainsi un véritable discours sur la méthode, celle du juge, de l'avocat et du juriste en général. En cela, l'œuvre de Jean-Louis Bergel peut être mise en parallèle avec celle de Pierre-André Côté au Canada, lequel a analysé l'interprétation des lois sous son versant méthodologique³⁰. Mais il faut reconnaître que l'idée même de méthodologie peut être attachée à des noms bien plus anciens en France comme ceux de François GénY ou Henri Motulsky³¹.

La particularité de l'école aixoise est qu'elle est due à une sorte de redoublement théorique. Christian Atias (1949-2015), issu major du même concours d'agrégation que Jean-Louis Bergel en 1976 (concours présidé par

²⁸ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012.

²⁹ Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2018.

³⁰ Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009.

³¹ François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. I à IV, 1913 à 1924; Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Dalloz, 1948.

Jean Carbonnier) va très tôt promouvoir l'idée d'une épistémologie du droit, à l'image de ce qui peut exister dans les sciences dites « dures ». Il publie, en 1985, un manuel d'épistémologie juridique³², intégralement réécrit en 2002³³ accompagné par un « Que sais-je? » en 1991³⁴ et un autre ouvrage sur le savoir juridique en 1993³⁵. Le thème des écoles de pensée avait déjà été lancé comme piste de recherche par Christian Atias³⁶ dans le cadre du club d'épistémologie qu'il avait créé peu de temps avant l'atelier de méthodologie juridique. La particularité de l'épistémologie juridique est qu'elle constitue *le degré de généralité supérieur de la méthodologie juridique*, bref elle prend pour objet la méthodologie pour l'interroger dans ses fondements et ses structures. L'épistémologie se situe ainsi à la lisière de la philosophie du droit, mais elle s'en distingue par le choix d'une thématique exclusive, celle de la connaissance ou du savoir juridique. De là à dire que le savoir des juristes consiste dans leurs méthodes ou dérive d'elles, il n'y a qu'un pas à franchir : cela a permis à la méthodologie et à l'épistémologie de faire bon ménage. La pérennité institutionnelle de cette recherche sera assurée par la création du laboratoire de théorie du droit en 1991 à l'initiative de Jean-Yves Chérot, professeur à l'Université d'Aix-Marseille, pour y réunir également des recherches sur l'analyse économique du droit et l'anthropologie juridique.

Ainsi, d'un point de vue formel, l'école aixoise de méthodologie juridique a bien un lieu, un nom, un père fondateur et des publications manifestant une activité de recherche. Mais ce qui la constitue en courant de

³² Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, coll. « Droit fondamental, Droit politique et théorique », Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

³³ Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2002.

³⁴ Christian ATIAS, *Épistémologie du droit*, coll. « Que sais-je?, n° 2840 », Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

³⁵ Christian ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991.

³⁶ Christian ATIAS, « L'école au sens épistémologique ou culturel », (1985) 1 *Revue de la Recherche Juridique* 408.

pensée est justement le fait qu'elle s'organise autour d'idées directrices qu'il convient à présent d'exposer.

II. Le primat de la méthode et du savoir

Dire que la méthodologie donne le primat à la méthode peut sembler être une tautologie, mais tout le problème est de savoir ce qu'on entend par là. Sa particularité est de privilégier un point de vue non métaphysique sur le droit. Il est constant que Christian Atias ait toujours refusé de fonder l'épistémologie juridique sur une définition du droit, car il la concevait comme indépendante de la philosophie³⁷. De même, Jean-Louis Bergel insiste sur la neutralité technique de la méthodologie juridique³⁸. Elle a en effet pour particularité de pouvoir être adoptée tant par les positivistes que les jusnaturalistes. En effet, ces deux grandes métaphysiques du droit reconnaissent chacune l'existence d'une pratique du droit qui laisse place à des procédés rationnels et logiques tels que la qualification, les catégories, les classifications et toutes les techniques de coordination et d'harmonisation des règles juridiques antinomiques ou concurrentes. Ainsi, il existe un vrai positivisme de méthode qui s'illustre dans l'appréhension dogmatique et casuistique du droit dont l'origine remonte à la pratique du droit romain³⁹. De même, la vision jusnaturaliste laisse une place importante à la détermination dialectique du droit ce qui l'incline à accorder de l'importance à l'argumentation et au raisonnement juridique qui sont par excellence l'expression des méthodes du droit.

Toutefois, la méthodologie juridique ne peut prétendre, comme aucun autre courant de pensée, à une neutralité absolue. Il est bien visible qu'elle s'oppose grandement aux études critiques du droit, au réalisme

³⁷ C. ATIAS, préc., note 33, p. 7 et 23; C. ATIAS, préc., note 32, p. 74.

³⁸ J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 17.

³⁹ Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2002, p. 3.

juridique ou au décisionnisme juridique : bref, à toutes les tendances ou courants qui centrent l'analyse du droit sur le pouvoir, la volonté et les facteurs politiques qui influencent la décision des producteurs de normes. Très certainement, la méthodologie aixoise s'oppose aux approches sociologiques du droit et tente de valoriser ce que Hart a critiqué comme étant le point de vue interne⁴⁰. C'est notamment pour cette raison que ses détracteurs ont perçu l'épistémologie (et par voie de conséquence, la méthodologie) comme une entreprise peu scientifique et idéologiquement orientée. C'est pourtant un reproche assez paradoxal si l'on y prend garde, car la méthodologie est issue d'une attention particulière aux *pratiques propres des juristes* qui sont fortement centrées sur des processus intellectuels purement formels et méthodologiques. La dimension technique du droit mériterait sans doute plus d'attention, et peut-être moins de mépris, de la part des études culturelles, sociologiques ou anthropologiques du droit. Ceci permettrait de restituer ce qui fait la spécificité de la pensée juridique. En bref, il ne serait pas absurde de faire une sociologie de la technique juridique, sans doute plus éclairante sur le droit qu'une sociologie des normes⁴¹.

Le primat de la méthode emporte comme conséquence une relative indépendance à l'égard du fond du droit en ce sens que penser en juriste est plus important que connaître par cœur le contenu des textes en vigueur. La subtilité de l'approche méthodologique est qu'elle ne réduit pourtant pas le droit à ses méthodes ce qui serait du « méthodologisme ». Elle ne considère pas non plus que le droit se réduise à son savoir, mais plutôt qu'il produit un savoir, ce qui est très différent. Pour le dire autrement, c'est la rencontre de la méthode avec un certain contenu textuel qui fait apparaître des concepts propres tels que le patrimoine, la théorie des obligations de moyens et de

⁴⁰ Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 75.

⁴¹ C'est la thèse forte et convaincante d'Anne-Lise RILES, « A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities », (2005) 53 *Buffalo Law Review* 973.

résultat et de façon plus générale, toutes les constructions dont usent les juristes pour exposer, analyser et critiquer le droit positif. La méthodologie juridique propose de prendre ces constructions au sérieux, de les affiner, de les analyser, de les perfectionner en vue d'approfondir et d'améliorer la compréhension du droit en vigueur. L'approche est bien épistémique : le savoir sur le droit prime le droit lui-même, le matériau brut des textes désignés comme étant des sources du droit.

Ainsi, l'école aixoise de méthodologie juridique se situe en deçà ou au-delà des oppositions classiques entre le droit positif et le droit naturel, entre l'approche politique et l'approche morale du droit, le pouvoir et les valeurs, le droit écrit et non écrit. L'approche structurelle que promeut l'école aixoise lui donne une certaine universalité et une intelligibilité en dehors de l'étude du droit français. En effet, les procédés rationnels d'organisation du droit positif sont des constantes de la plupart des systèmes juridiques.

III. L'importance accordée aux catégories du droit

Jean-Louis Bergel et Christian Atias étaient tous les deux avocats, selon une longue tradition historique (devenue une norme en médecine) où les professeurs d'université étaient également praticiens. La qualité de praticien explique que l'approche méthodologique privilégie un point de vue interne et accorde une grande importance aux catégories du droit. Conformément à la tradition philosophique, les catégories sont des concepts ayant un haut degré de généralité et permettant de ranger les éléments semblables dans un même ensemble afin de les soumettre à un même traitement.

C'est ici que se dévoile une façon proprement méthodologique de chercher et d'interroger, à savoir déterminer la nature juridique des institutions, concepts et catégories. Dans sa thèse de doctorat sur les servitudes en lotissement, Jean-Louis Bergel a formulé à travers ce cas

particulier la différence de nature entre les servitudes de lotissement et les charges pesant sur les parties communes d'une copropriété⁴². Ce seul cas est illustratif d'un principe méthodologique de plus grande ampleur selon lequel une différence de nature égale une différence de régime⁴³. Ce principe est lui-même l'expression de l'idée méthodologique de justice suivant laquelle il faut traiter les cas semblables de façon identique⁴⁴.

Le point remarquable de ce type de raisonnement est de réinventer dans le droit le rôle et la place de la structure aristotélicienne de la définition en genre prochain et différence spécifique⁴⁵. C'est ainsi que les droits pourront être classés comme personnels ou réels, selon leur genre et être distingués ensuite selon leurs espèces. L'opposition au degré le plus général devra reposer sur une différence de régime, comme celui de l'opposabilité *erga omnes*, absente en matière de droits personnels.

Cette façon de traiter les problèmes juridiques a la particularité de cumuler des intérêts pratiques et théoriques. D'un point de vue pratique, la qualification de l'objet en cause permet d'en déduire le régime applicable : l'indemnité d'immobilisation s'oppose à la clause pénale, car l'une porte sur la contrepartie due en raison de l'indisponibilité du bien tandis que l'autre sanctionne l'inexécution d'une obligation. Cette différence de nature induit

⁴² Jean-Louis BERGEL, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, t. 131, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, p. 55, 141 et 193.

⁴³ Jean-Louis BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », (1984) 1 *Revue trimestrielle de droit civil* 255.

⁴⁴ Frédéric ROUVIÈRE, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique? », dans Alexandre FLÜCKIGER et Thierry TANQUEREL (dir.), *L'évaluation de la recherche en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 117; Frédéric ROUVIÈRE, « Le fondement du savoir juridique », (2016) 2 *Revue trimestrielle de droit civil* 279; Frédéric ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », (2012) *Jurisprudence. Revue critique* 89.

⁴⁵ *Topiques* VI, 4, 141b, 25.

une différence de régime importante, car seules les clauses pénales peuvent faire l'objet d'un pouvoir modérateur du juge en droit français. D'un point de vue théorique, la recherche va consister à isoler les traits spécifiques et pertinents de qualification des catégories en tentant d'énoncer l'ensemble des conditions nécessaires et suffisantes de leur application. La recherche juridique est donc tendue entre une visée pratique et une élaboration conceptuelle abstraite pouvant nécessiter d'ajouter ou d'amender le contenu des catégories législatives ou jurisprudentielles.

L'enjeu théorique de la démarche se dévoile encore dans la systématisation nécessaire qui découle de cette analyse. En effet, la forme de définition par genre prochain et différence spécifique est réitérable et s'applique à elle-même : chaque élément d'une définition peut, à son tour, être défini selon cette structure ce qui conduit à relier tous les concepts juridiques entre eux pour leur donner unité et cohérence. Ainsi, les droits réels et personnels sont eux-mêmes des droits subjectifs qui s'opposent au droit objectif; la distinction entre clause pénale et indemnité d'immobilisation mobilise les concepts de formation et d'exécution du contrat, de contrepartie, d'inexécution. Ces concepts appellent encore à leur tour une définition et ainsi de suite jusqu'à parvenir à des invariants qui seront posés comme à l'origine du système lui-même. Pourtant, il ne faudrait pas conclure que cette méthode est seulement abstraite. Sa raison d'être est d'analyser le contenu des dispositions législatives et réglementaires ainsi que les solutions jurisprudentielles. L'abstraction est mise au service de la résolution de problèmes pratiques, elle n'est donc pas recherchée en elle-même et pour elle-même.

L'école aixoise de méthodologie juridique s'exprime ainsi dans le choix des sujets de thèse. L'analyse conceptuelle est privilégiée et une attention toute particulière est prêtée aux cas frontière qui permettent d'affiner les bords des concepts juridiques. Cette appréhension de la matière juridique tranche avec des approches positivistes qui décrivent le droit en

vigueur puis formulent des critiques sur l'opportunité des solutions au regard de leurs effets pratiques ou de leur valeur morale. Ce type d'étude s'attache bien plus à la substance du droit et, à ce titre, on pourrait considérer qu'elle est une forme de jusnaturalisme qui ne dit pas son nom puisqu'elle entreprend de découvrir un droit meilleur que celui qui est explicitement formulé.

S'il fallait faire un parallèle avec les États-Unis, ce type de démarche ressemblerait à celle de Christopher Columbus Langdell qui a créé la fameuse méthode des cas à Harvard vers 1870⁴⁶ prolongée par son disciple William A. Keener⁴⁷, une méthode d'enseignement décrite de façon très schématique comme s'attachant plus à la forme qu'à la substance. L'idée est que le droit n'est pas réduit à ses cas ni à la mémorisation des cas; il ne fait pas reposer sur l'étudiant seul la découverte et la formulation des principes généraux⁴⁸. L'école aixoise de méthodologie se distingue toutefois de cette approche, car elle n'est pas casuistique au sens précité et n'a jamais proposé de façon explicite une théorie didactique. Elle consiste plutôt en une étude attentive des méthodes prises en elles-mêmes ainsi que des procédés formels du droit. À ce titre, elle pourrait être rangée dans la famille des théories formalistes au sens où le droit est étudié en mettant volontairement à distance les déterminants politiques et sociaux qui ont pesé sur son élaboration afin d'élaborer une argumentation technique, cohérente avec l'ordre juridique et procédant de façon logique⁴⁹. Il n'y a ici nulle vision mécanique ou syllogistique de l'application du droit que Jean-Louis Bergel s'est toujours

⁴⁶ Christopher C. LANGDELL, *A selection of Cases on the law of Contracts*, 2^e éd., Boston: Little, Brown, 1879, p. IX et X.

⁴⁷ William A. KEENER, « The Inductive Method in Legal Education », (1894) 28 *American Law Reports* 709.

⁴⁸ William P. LAPIANIA, *Logic & Experience. The Origin of modern Legal Education*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 134.

⁴⁹ Frédéric ROUVIÈRE, « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques? », (2018) 2 *Revue trimestrielle de droit civil* 526.

employé à dénoncer⁵⁰, mais plutôt une attention soutenue aux modes de rationalisation du droit. La comparaison avec la pensée juridique américaine tournerait court, car Jean-Louis Bergel comme Christian Atias sont bien conscients du caractère construit de la technique juridique à laquelle ils ne réduisent jamais le réel. La sévère critique des réalistes qui y voient un non-sens transcendantal⁵¹ est donc un coup d'épée dans l'eau. Les catégories juridiques ne sont que des outils méthodologiques, elles n'ont pas pour prétention de représenter ou de penser le réel; elles proposent seulement de traduire le conflit dans des termes rationnels afin de justifier la solution proposée. Dans cette mesure, l'approche méthodologique est un formalisme conscient de lui-même.

À cet égard, l'école aixoise de méthodologie ne postule pas que le droit est cohérent, mais cherche plutôt justement comment le rendre tel. Elle n'est pas un formalisme naïf ou trop confiant en lui-même. Le postulat de ses initiateurs, qu'un réaliste ne renierait pas, est que le droit est donné comme incohérent et qu'il appartient au juriste de le rebâtir selon une cohérence logique qui n'existait pas *a priori*⁵². Les concepts juridiques sont donc pris pour ce qu'ils sont : des constructions et des points de vue abstraits sur les choses sans confusion entre les deux, ce qui relèverait de l'hypostase. La méthodologie est ainsi inséparable d'une épistémologie qui la fonde.

IV. Le primat du point de vue « méta »

Ce qui distingue l'école aixoise du formalisme historique ou des autres courants ayant mis la méthode au cœur de leur projet, c'est le point de vue réflexif qu'elle adopte. Autrement dit, elle est constamment dans la méta-analyse. Elle est, d'abord, tout à fait classiquement analyse des dispositions

⁵⁰ J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 149.

⁵¹ Felix S. COHEN, « Transcendental nonsense and the functional approach », (1935) 35-6 *Columbia Law review* 809.

⁵² J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 179.

légales et jurisprudentielles. Ensuite, elle est analysée des outils d'analyse (catégories, théories, concepts) et, enfin, ultimement, analyse de l'analyse à un second degré, c'est-à-dire épistémologie juridique.

Par une espèce de boucle, la réflexion méthodologique revient toujours sur elle-même afin de prendre de mieux en mieux conscience d'elle-même. L'épistémologie joue alors un rôle de critique de la méthodologie et lui indique les limites de ses propres outils : le principe d'interprétation stricte des exceptions est sans doute contestable⁵³, la distinction des obligations de moyens et de résultat n'obéit pas à un critère logique de répartition⁵⁴, le concept de responsabilité contractuelle escamote les spécificités du régime contractuel⁵⁵ et ainsi de suite.

À un certain niveau de généralité, l'épistémologie du droit tend à devenir une réflexion indépendante lorsqu'elle propose de vérifier et d'interroger les conséquences de certaines dispositions légales ou de révéler les soubassements philosophiques des prises de position juridiques. Ici, nous envisageons surtout l'épistémologie en tant que *théorie d'une méthode* qui est par ailleurs elle-même une théorie de la pratique juridique. C'est sur ce point que l'approche méthodologique peut revendiquer une spécificité, celle de faire tenir à chacun des deux bouts de la corde la théorie et la pratique.

Ce point de vue « méta » se distingue d'un point de vue seulement critique. Il ne s'agit pas de contester la pertinence des solutions au regard de leur justice ou de leur équité (même si cette réalité n'est pas niée), mais de prioritairement prendre pour base une analyse interne des catégories juridiques en rationalisant autant leur application que leur processus d'élaboration et de validation. En définitive, on pourrait résumer le projet de l'école aixoise comme la tentative de prendre le droit et ses expressions

⁵³ C. ATIAS, préc., note 32, p. 75.

⁵⁴ C. ATIAS, préc., note 33, p. 182.

⁵⁵ *Id.*, p. 203.

formelles au sérieux, de traiter cette réalité intellectuelle comme un substrat juridique digne d'attention et d'intérêt. La différence majeure avec l'analyse positiviste classique est que le droit positif n'est pas considéré comme un objet à décrire ou à constater : aucun arrêt, ni aucune jurisprudence ne sont tenus comme devant s'imposer en raison de leur seule force obligatoire. Le droit est vu comme savoir, discussion permanente, controverse interne *par* les catégories et *sur* les catégories. Aussi, l'approche méthodologique semble être à elle-même un paradigme juridique.

V. Existe-t-il un paradigme méthodologique?

Il est tentant de transposer les réflexions de Thomas Kuhn dans le monde du droit et de considérer que les écoles de pensée en droit se structurent autour de paradigmes⁵⁶. Chaque école aurait ainsi sa façon de penser, ordonnée autour de lignes fortes et d'exemples de résolutions réussies de problèmes⁵⁷. Si la question de l'existence de révolutions scientifiques en droit a été posée⁵⁸, cette transposition est problématique, car elle semble supposer que le droit est une science et qu'il est susceptible de progrès analogues dans la connaissance : tout ceci est loin d'aller de soi. En effet, le droit relève plus de l'interprétation et de l'argumentation que d'un usage rigoureux de méthodes empiriques même si ces dernières peuvent toujours être appliquées au phénomène juridique sous son versant social. Néanmoins, le terme conserve une pertinence s'il permet de désigner les ruptures dans

⁵⁶ Thomas KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, coll. « Champs », Paris, Flammarion, 2008, p. 240 : « un paradigme est ce que les membres d'une communauté scientifique possèdent en commun et, réciproquement, une communauté scientifique se compose d'hommes qui se réfèrent au même paradigme ».

⁵⁷ *Id.*, p. 71 : un « ensemble d'illustrations répétées et presque standardisées ».

⁵⁸ Benoît FRYDMAN, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques? », (1996) 5821 *Journal des tribunaux*, 809.

des façons d'aborder les problèmes juridiques⁵⁹. Il rejoint, à cet égard, une théorie du droit entendue comme théorie de sa pratique, et non théorie de son concept qui relève plutôt d'une recherche philosophique de définition.

À cet égard, le paradigme méthodologique pourrait être décrit comme un positivisme de méthode à la différence d'un positivisme portant sur un objet à décrire ou à investiguer. Ce sont des règles de méthode que la plupart des juristes suivent en pratique :

- 1° Se limiter aux sources du droit pour élaborer des argumentations⁶⁰ (recherche d'une efficacité technique);
- 2° Traiter le droit comme une totalité cohérente⁶¹ (recherche des cas semblables par assimilation et conceptualisation);
- 3° Évaluer les modifications conceptuelles induites par l'introduction de nouvelles règles et solutions⁶² (mise à jour de la consistance interne du système);
- 4° Être sobre dans la théorisation⁶³ (limitation de la conceptualisation à la solution de problèmes pratiques).

⁵⁹ Benoît FRYDMAN, « Le projet scientifique de François Génny », dans C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN et P. JESTAZ (dir.), *François Génny, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2000 p. 214 : la libre recherche scientifique de François Génny entend rompre avec l'école historique et philologique : elle « propose un changement de paradigme et de méthode dans la science du droit ».

⁶⁰ J.-L. BERGEL, préc., note 28, p. 75 et suiv.

⁶¹ J.-L. BERGEL, préc., note 2929, p. 177 et 213; J.-L. BERGEL, préc., note 28, p. 238; C. ATIAS, préc., note 32, p. 57 et 86; C. ATIAS, préc., note 33, p. 195 et suiv.

⁶² J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 178 et 179; C. ATIAS, préc., note 33, p. 206 et suiv.; C. ATIAS, préc., note 32, p. 197 et suiv.

⁶³ J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 177 : « économique, c'est-à-dire dépourvu de choses inutiles »; C. ATIAS, préc., note 33, p. 184.

La différence entre le paradigme méthodologique aixois et d'autres types de formalismes provient de sa fécondation par l'épistémologie. Ainsi, certaines propositions s'en dégagent qui sont peut-être moins conscientes dans la pratique :

- 1° Le droit produit un savoir propre⁶⁴ (pertinence de l'épistémologie);
- 2° Les concepts sont des constructions émanant des juristes⁶⁵ (refus de l'hypostase et du constructivisme sociologique);
- 3° Le droit est toujours « complétable »⁶⁶ (approche technique des lacunes);
- 4° Le droit est essentiellement une argumentation⁶⁷ (inspiration dialectique).

Bien évidemment, l'école aixoise de méthodologie juridique ne se limite pas à ces règles qui ne sont que dérivées d'une réflexion et d'un programme de recherche plus large. Celle-ci n'exprime que la façon dont le droit est effectivement traité d'un point de vue méthodologique. Pour plus de clarté, il faudrait donc distinguer le rôle de la méthode dans sa triple dimension technique (traitement des problèmes pratiques), théorique (réflexion sur le droit) et didactique (enseignement du droit).

À cet égard, c'est dans le lien particulier qu'elle établit entre le traitement des problèmes pratiques et la réflexion sur le droit que l'école

⁶⁴ C. ATIAS, préc., note 33, p. 7.

⁶⁵ J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 41 et 43; C. ATIAS, préc., note 32, p. 115 et 154.

⁶⁶ J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 41 et 177; Christian ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, coll. « Droits, pouvoirs & sociétés », Aix-en-Provence, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, p. 186; Christian ATIAS, *Questions et réponses en droit*, coll. « L'Interrogation philosophique », Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 88.

⁶⁷ J.-L. BERGEL, préc., note 29, p. 155 et 168; J.-L. BERGEL, préc., note 28, p. 311; C. ATIAS, préc., note 33, p. 226.

aixoise de méthodologie se distingue. Elle paraît à cet égard l'inverse du mouvement américain initié par Langdell qui est avant tout une méthode d'enseignement. L'école aixoise de méthodologie est donc aujourd'hui plus un programme de recherche qu'une solution didactique. Logiquement, ce dernier champ devrait être investi pour conférer à la réflexion sur la méthode toute son amplitude.

On le voit, le fait d'aborder la méthodologie juridique développée à Aix-en-Provence comme une école de pensée a pour avantage de la situer au regard d'autres courants de pensée : elle est anti-réaliste au sens juridique de ce terme; elle ne s'inscrit ni dans les analyses historiques, pragmatiques ou de la libre recherche scientifique. En définitive, elle est une façon spécifique de penser et de défendre le formalisme juridique en tant que paradigme juridique. Aussi, on peut conclure qu'il vaut mieux qu'une école écrive sa propre histoire, sans quoi, elle risque de devenir un homme de paille : l'école de l'exégèse, largement inventée par ses successeurs, sonne comme un avertissement. Ce n'est donc pas aux réalistes de dire ce qu'est vraiment le formalisme ni aux formalistes de reconstruire les positions des réalistes. En somme, chacun a la charge de formuler son propre paradigme et d'explicitier sa propre école pour que tous puissent réellement discuter de leurs convergences et divergences.