



HAL
open science

L'idée du formalisme dans la pensée juridique française du XXe siècle

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. L'idée du formalisme dans la pensée juridique française du XXe siècle. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2019, Cahier méthodologique (5), pp.1753-1769. <hal-03551719>

HAL Id: hal-03551719

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03551719v1>

Submitted on 24 Feb 2022

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.



HAL Authorization

L'IDÉE DE FORMALISME DANS LA PENSÉE JURIDIQUE FRANÇAISE DU XX^E SIÈCLE

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

Professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre, Centre de théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF, UMR 7074

Abstract :

Le concept de formalisme est associé dans le champ juridique à des phénomènes protéiformes. À certains égards, le formalisme est omniprésent dans le droit, celui-ci proposant une mise en forme spécifique du monde, de même qu'il se manifeste dans presque tous les discours savants qui l'appréhendent. Il n'existe en effet pas de méta-discours qui ne procèdent à une remise en forme, y compris lorsqu'il s'agit d'expliquer la *Théorie pure du droit* par une bande-dessinée¹.

Pour autant, si l'on veut prêter au suffixe « isme » une signification, il faut convenir que toutes les mises en forme opérées par le droit et par les discours savants qui l'analysent ne constituent pas nécessairement l'expression d'un formalisme. Certes, il n'est pas aisé de caractériser précisément la nuance. En s'en remettant aux fonctions générales du suffixe, considérons que le « isme » désigne une accentuation d'un comportement ou d'une opinion par une « prise de position, théorique ou pratique » eu égard à la réalité ou à la notion² auxquelles il est associé. S'agissant du droit, le formalisme serait alors une accentuation de la forme juridique, résultant de pratiques répétées ou de l'importance prépondérante conférée à celle-ci ; il manifeste un rapport spécifique à la forme juridique. Ce rapport peut-être d'adhésion, d'exacerbation, de justification ou de perfection. Le formalisme peut ainsi, par exemple, consister en un type d'usage plus ou moins exclusif et systématique de certains d'outils de mise en forme ou remise en forme du droit. Plus précisément, il est possible de relever au moins sept types de phénomènes désignés par le concept de formalisme dans le champ juridique³.

¹ L. A. WARAT, G. P. CABRIADA, *Os Quadribos puros do direito*, ALMED ed., 2017 <https://www.passceidireto.com/arquivo/1954656/os-quadrinhos-puros-do-direito-hans-kelsen-em-quadrinhos-luis-alberto-warat-gust>

² <https://www.cnrtl.fr/definition/-isme>.

³ Pour de plus amples développements, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre ouvrage V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2^e ed., 2016, p. 47 et s.

1. Le formalisme renvoie tout d'abord à un mode de définition ou de délimitation de l'objet d'analyse. *Stricto sensu*, une délimitation formaliste de l'objet « droit » consiste à ne prêter attention qu'au droit positif, rien que le droit positif, en écartant les faits, les principes ou les valeurs qui l'entourent. *Strictissimo sensu*, l'objet se resserre davantage encore sur les formes et les structures des systèmes juridiques et des normes qui les composent. L'analyse matérielle du contenu de ces normes, c'est-à-dire ce qu'elles prescrivent sur le fond dans des espaces-temps donnés, est alors délaissée, ce contenu étant réputé contingent pour identifier le droit et ses propriétés normatives. *La Théorie pure du droit* proposée par Hans Kelsen est caractéristique de cette orientation.
2. Dans le prolongement, le formalisme est associé à une décontextualisation de l'analyse du droit. Le droit n'est étudié que pour lui-même sans considération du contexte de sa production, de ses fonctions ni de ses effets politiques, économique ou sociaux.
3. Le formalisme peut aussi désigner un mode d'appréhension du monde qui tend à le lire uniquement à travers des catégories juridiques. Ce « pan-juridisme » conduit à qualifier juridiquement l'ensemble des phénomènes politiques, économiques, sociaux ou culturels...
4. Le formalisme caractérise également un type de rationalisation des normes juridiques qui recourt essentiellement à des outils logiques de pensée. L'ambition est de classer les normes juridiques, d'en proposer un ordonnancement systématique, pour en tirer des inférences logiques.
5. Le formalisme est, en conséquence, plus spécifiquement identifié à une représentation du droit comme système normatif parfait, c'est-à-dire complet, non contradictoire et cohérent.
6. Le formalisme désigne aussi une certaine représentation du raisonnement juridique, à grands traits, le raisonnement logico-déductif pour les systèmes de *civil law*, le raisonnement analogique pour les États de *common law*. Ces inférences sont réputées conférer au raisonnement juridique la rigueur de la logique et permettre de trouver, à partir des propositions principales de l'ordre juridique, des solutions qui en découlent nécessairement.
7. Enfin, le formalisme est liée à une certaine conception de l'interprétation des textes juridiques, une conception « logico-systémique ». Celle-ci présuppose que la signification « intrinsèque de la norme » découle de la lecture de l'ensemble du système dans lequel elle est insérée. Sont alors exclus du processus interprétatif les « facteurs historiques,

téléologiques, économiques, fonctionnels, environnementaux, ou en un mot, les facteurs » considérés « extrinsèques » au système juridique⁴.

Il ne s'agit pas ici de développer dans le détail la façon dont ces sept expressions du formalisme ont été mobilisées dans la pensée juridique française au xx^e siècle. On proposera plutôt de repérer celles qui ont servi de point d'appui pour caractériser, valoriser et, surtout, dévaloriser les modes d'analyse de droit pendant ce siècle. Car, à l'instar de ce qu'a mis en évidence Brian Tamanaha à propos des critiques formulées à l'encontre du formalisme par les réalistes américains⁵, celles ayant eu cours en France étaient souvent caricaturales et destinées à mieux justifier qu'il fallait s'en détourner pour assurer le renouveau de la science juridique.

Mais le plus intéressant réside peut-être dans le constat que rares sont les détracteurs du formalisme qui *in fine* s'en sont entièrement défaits : chassez le formalisme, il revient au galop ! Le poids pluriséculaire de la structuration formaliste de la pensée juridique y est pour beaucoup, tout comme, aussi, le fait que les juristes de l'époque adoptent presque tous un point de vue interne sur le droit⁶. Autrement dit, ce sont le plus souvent des programmes dogmatiques de réformation du contenu du droit et des principes de justice qui sont proposés, plutôt qu'une refonte radicale des pratiques de mise en forme juridique. D'ailleurs, beaucoup ont fini par considérer que s'écarter de celles-ci présentait quelques dangers : danger d'anarchisme sur un plan politique, danger de nihilisme sur le plan philosophique, danger de dilution de l'identité disciplinaire sur le plan académique⁷. À cet égard, comme Roscoe Pound aux États-Unis, François GénY a donné les signes d'une fermeture de la parenthèse enchantée dès le début des années 1920⁸.

Le formalisme a donc été en partie réhabilité en tant que colonne vertébrale du droit et de la science du droit, en appelant toutefois à en atténuer les effets. Sur un plan dogmatique, il s'agit d'en tempérer les excès par la considération de principes de justice. Sur un plan théorique, il s'agit d'enrichir les appareils méthodologiques et conceptuels d'analyse du droit. Après donc avoir été construit comme repoussoir

⁴ S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2001, p. 48 ; voir aussi G. TARELLO, « Formalismo giuridico », in G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 37 et s.

⁵ B. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2010 ; voir aussi Y. GANNE, *L'ouverture du droit aux sciences sociales. Contribution à l'étude du droit savant américain contemporain*, Université de Strasbourg, thèse soutenue le 5 juillet 2019.

⁶ H. L. A. HART, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, traduction française, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, voir p. 112-115.

⁷ Voir C. JAMIN, P. JESTAZ, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 141.

⁸ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, LGDJ, 1922, p. 10. ; voir C. JAMIN, P. JESTAZ, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 140 et p. 147 et s.

afin de promouvoir un renouveau de la science du droit (I), le formalisme juridique a été objet de correctifs (II). Puis, il est aussi devenu un objet d'étude: le droit est alors envisagé comme une mise en forme normative spécifique du monde social et les discours savants qui s'y rapportent comme des remises en forme de ces mises en forme. Tous sont producteurs de leurs propres formalismes (III).

I. Le formalisme, objet-repoussoir

La volonté d'associer la science du droit aux transformations méthodologiques provenant des sciences physiques et de la nature et de l'avènement des sciences sociales est passée, au tournant des XIX^e et XX^e siècles, par une étape de dépréciation d'une méthode juridique qualifiée de « traditionnelle », « classique », « logique » ou encore « mathématique ». Un des dénominateurs communs des différents projets de refondation de la science du droit est ainsi d'avoir voulu se départir d'une structure de pensée logico-déductive.

Les raisons avancées par les juristes de l'époque sont hétéroclites. Toutefois, elles s'unissent dans l'idée que la méthode juridique classique est déconnectée de la réalité, une réalité qui se trouve alors fétichisée. Le formalisme de la méthode juridique classique négligerait les effets concrets produits par des normes juridiques, tout comme par les propositions de la science du droit. Il ne permettrait pas de saisir ce que font « réellement » les autorités normatives. Il s'avérerait impuissant à capter les valeurs et les idéologies véhiculées par le droit et, partant, inadapté pour comprendre l'intégralité et la complexité des phénomènes juridiques. Finalement, le formalisme produirait, sur le plan axiologique, une science dangereuse et, sur le plan heuristique, une science paresseuse.

Le danger axiologique a été plusieurs fois dénoncé dès la fin du XIX^e siècle. Léon Duguit, par exemple, associait la pensée logico-déductive à « l'immobilité théocratique » et à « la révolution jacobine »⁹. Maurice Deslandres considérait, pour sa part, que la méthode juridique classique était « erronée » et que « l'erreur ne va jamais sans péril ». Le danger relevé est de concevoir « le régime politique d'un pays comme un tout logique, comme un enchaînement rationnel de principes et de déductions ». Or, « un régime politique logique, simple instrument d'une force unique et tyrannique par conséquent, serait » ou bien un régime d'oppression et un régime caduc », ou bien « un régime anarchique et voué à sa révolution »¹⁰.

Danièle Lochak accentue plus tard l'argument à propos des travaux de la doctrine sous Vichy. Pour l'auteure, « le traitement purement formel et théorique des problèmes opère [...] un effet de déréalisation, contribuant à banaliser la

⁹ L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *RIE*, 1889, p. 4-5.

¹⁰ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique. Le problème de la méthode », *RDP*, 1900, p. 460-461.

législation antisémite » alors « ramenée à un ensemble de normes obligatoires qui demandent, comme toutes les autres, à être appliquées, interprétées et mises en cohérence ». En raisonnant de façon logique avec les catégories des discours antisémites, la doctrine finit par déconnecter ces termes de la réalité, par les banaliser, par produire « un effet d'euphémisme ». En reformatant la « logique antisémite » dans les « catégories du droit commun », « la logique juridique » a pour conséquence d'occulter ce que les mesures antisémites ont d'« exorbitant »¹¹.

Ce danger axiologique est lié, sur un plan heuristique, à la propension attribuée au formalisme de se déconnecter du monde réel. Les constructions juridiques classiques appauvriraient la compréhension de la réalité, et en particulier de la réalité du droit.

En France, François Gény est l'un des premiers auteurs à avoir mis en évidence comment les opérations de définition, de systématisation, de classification ou de déduction fonctionnaient comme des « recueils de recettes »¹², qui, lorsqu'elles sont menées de façon purement logique et transcendantes, tournent à vide et négligent les enjeux réels. Dès lors, pour Gény, le formalisme fige là où le droit est un phénomène vivant. Or, soutient-il, « vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale »¹³. En immobilisant le vivant, la pensée formaliste s'avérerait impuissante à saisir et à comprendre « l'intégralité mouvante » des phénomènes¹⁴. Pire, elle conduirait à contorsionner les faits pour qu'ils rentrent artificiellement dans des catégories logiques préétablies. Gény recommande donc de se détourner d'une telle méthode « formelle et passive » pour construire une méthode « critique et active »¹⁵. Pour ce faire, le juriste doit se tourner vers des savoirs revitalisants : l'histoire, l'économie, la philosophie, la philosophie de la connaissance. C'est plus particulièrement avec Bergson¹⁶ et son concept d'intuition que Gény entend « résister à l'attrait fallacieux des constructions conceptuelle » du formalisme logico-déductif¹⁷. Parce que le concept d'intuition permet de ne pas détacher « les problèmes juridique [...] des événements de la vie qui les font surgir », les jurisconsultes peuvent avec lui faire progresser leur discipline et procéder à des « études minutieuses de

¹¹ D. LOCHAK, « La doctrine du positivisme sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p. 261.

¹² F. GÉNY, *Science et technique en droit privé*, *op. cit.*, p. 127.

¹³ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, 1919, 2^e édition, LGDJ, p. 225.

¹⁴ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé*, *op. cit.*, p. 145, voir aussi p. 132.

¹⁵ F. GÉNY, *op. cit.*, p. 26-27.

¹⁶ H. BERGSON, « Introduction à la métaphysique », *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, t. XI, p. 1-36

¹⁷ F. GÉNY, *op. cit.*, p. 140.

jurisprudence », des dossiers, des formulaires, des actes « de la pratique [...] où apparaissent des séries de situations juridiques à débrouiller »¹⁸.

François Gény est loin d'être le seul à déplorer les déconnexions de l'esprit logique à l'égard de la réalité. On retrouve des critiques semblables à la même époque, entre autres, chez Paul Pic¹⁹, Maurice Deslandres²⁰ ou Raymond Saleilles²¹. Ce dernier s'en prend particulièrement aux enchaînements de « conséquences successives » effectués par déduction logique à partir de principes supérieurs car ils entretiendraient une illusion de cohérence de l'évolution de l'histoire. Tout se passe comme si les institutions et le droit modernes découlaient logiquement de l'époque féodale. Il s'agit là, pour Raymond Saleilles, d'un regard « purement intellectuel, étranger aux faits, sans relation avec la réalité sociale, et qui peut tout aussi bien, à l'aveugle, contrecarrer cette dernière ». À marcher « droit devant lui, allant de conséquence en conséquence, sans regarder aux résultats », le raisonnement logico-déductif devient, nous dit l'auteur, « purement artificiel, d'un radicalisme aveugle et brutal »²². Or, « en matière de science sociale, il faut », à l'inverse, « que la volonté théorique ait l'humilité de plier devant l'expérience pratique, et devant le fait accompli ». Et il conclut : « les événements se rient de nos systèmes »²³. Maurice Deslandres n'écrit rien de différent. Les phénomènes juridiques n'étant pas « des systèmes déduits de principes juridiques [...], mais des combinaisons de forces et des produits de la vie »²⁴, seule une « science vivante et efficace »²⁵ tournée vers l'histoire ou les phénomènes sociaux peut adéquatement en rendre compte et les expliquer.

Les fondements de toutes les tentatives de renouvellement de l'analyse du droit au moyen des sciences sociales sont ici posés.

L'opposition entre le formalisme de la logique juridique et la vie réelle sera ainsi le point de départ de tous ceux qui ont initié l'autonomisation de la science politique vis-à-vis de la science juridique du droit constitutionnel. Au début des années 1930, Joseph Barthélémy et Boris Mirkine-Guetzévitch pouvaient par exemple soutenir :

« le mécanisme paresseux de la logique abstraite ne suffit plus ; il faut pénétrer dans la vie politique du pays, l'observer objectivement, scientifiquement ;

¹⁸ *Ibid.*, p. 144.

¹⁹ N. HAKIM, « La science de la question sociale de Paul Pic », in N. HAKIM, F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Paris, Dalloz, 2009, p. 142.

²⁰ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *op. cit.*, p. 444 et s.

²¹ R. SALEILLES, « Y a-t-il une crise de la science politique ? », rééd. Paris, Dalloz, 2012, p. 25.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, p. 28.

²⁴ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *RDP*, 1901, p. 403.

²⁵ M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *op. cit.*, 1900, p. 247.

étudier comment les institutions réagissent à l'épreuve des faits, rechercher l'influence des textes sur les réalités et des réalités sur les textes »²⁶.

Boris Mirkine-Guetzévitch surenchérisait après la seconde guerre mondiale :

« Historiquement, la loi est toujours une transaction. C'est pourquoi la logique juridique seule n'est pas capable d'expliquer le droit. À côté de la logique juridique, il y a le droit vivant, le droit qui se crée non dans le calme des cabinets de travail, mais dans le tumulte des assemblées, dans la lutte des intérêts, des groupes, des nations. Dans chaque lois, il faut observer ainsi deux éléments ; la conscience juridique de l'époque et la technique juridique du compromis entre les forces en lutte »²⁷.

Le même ordre de considération est partagé par les bâtisseurs français de la sociologie du droit. Beaucoup, comme Henri Lévy-Bruhl²⁸, Georges Gurvitch²⁹ ou Jean Carbonnier³⁰, reprennent à leur compte la distinction du travail disciplinaire opérée par Max Weber qui laisse à la science juridique l'analyse logico-formaliste d'un « devoir-être idéal »³¹ et confie à la sociologie la compréhension « des comportements, c'est-à-dire l'agir des hommes rapporté aux normes, les représentations que l'homme se fait » de ces normes, ou encore « l'être des faits concrets »³², le « devenir réel »³³.

L'opposition « logique juridique *versus* réalité » revient enfin, dans les années 1970, parmi les travaux fondateurs du mouvement critique du droit. La perspective est à ce moment-là peut-être moins de forger des disciplines nouvelles prenant pour objet le droit que de conduire l'analyse de celui-ci au moyen d'appareils critiques développés par les sciences sociales. Il s'agit de sortir l'étude du droit du seul travail de classification et de systématisation pour capter la multi-dimensionnalité politique et sociale des phénomènes normatifs. Comme l'explique Michel Miaille :

« la logique juridique, par le jeu d'abstraction, va construire un certain nombre de concepts qui éliminent le contenu concret, réel, auquel ils ren-

²⁶ J. BARTHÉLÉMY, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire contemporaine*, IV, 1932, « Préface », p. 1-2, cité in B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, n° 4, oct.-nov., 1949, p. 397.

²⁷ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 400.

²⁸ H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1990.

²⁹ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, (1940), rééd. Paris, Dalloz, 2012.

³⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige 2004, p. 17.

³¹ M. WEBER, *Économie et société* (1922), Paris, Plon, 1971, p. 321.

³² R. TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1995, p. 133.

³³ M. WEBER, *op. cit.*, p. 321.

voient pourtant. Les choses apparaissent alors uniquement [...] à travers ces formes isolées de leur contexte : le mineur, le tuteur, la propriété, le droit de vote, le contrat, etc. La logique juridique consistera alors à proposer la manière d'assembler ces termes, de les classer, donc de les utiliser au sein d'un système cohérent de sorte qu'aucun de ces termes ne viennent troubler l'accord du système lui-même, c'est-à-dire ne viennent constituer un objet de contradiction »³⁴.

Un constat semblable conduit Jacques Chevallier et Danièle Lochak à proposer, à la même époque, de dépasser le formalisme de la science du droit administratif pour préférer une science administrative nourrie par les sciences sociales. Le diagnostic est clair :

« les concepts et la méthode juridiques se révèlent [...] inadéquats pour expliquer le fonctionnement et le rôle de l'administration. Si l'on veut dépasser le stade des monographies descriptives, il faut abandonner les méthodes d'analyse juridiques qui en figeant la réalité administrative dans des cadres et des concepts préétablis ne permettent pas de l'appréhender dans sa complexité »³⁵.

Les deux auteurs poursuivent :

« la méthode juridique s'appuie sur des schémas conceptuels logiques, cohérents, rationnels, dont il est difficile de s'évader. D'où une tendance à accepter comme donné le caractère logique et rationnel des phénomènes et à essayer de retrouver dans l'organisation administrative une logique interne qui n'existe pas toujours. On aboutit ainsi, soit à une description superficielle, soit à un schéma normatif impliquant une critique implicite de tout phénomène aberrant par rapport à la logique qui sous-tend ce schéma ».

Exemple alors pris de la notion de tutelle : en bornant à l'envisager sous l'angle d'un régime juridique précis (en particulier, « pas de tutelle sans texte »), les juristes se trouvent « impuissants à rendre compte des rapports complexes qui se nouent entre le préfet et les maires, comme l'ont montré plusieurs recherches sur le système politico-administratif »³⁶.

³⁴ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 205.

³⁵ J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, *Science administrative*, Paris, LGDJ, 1978, t. 1, p. 74-75.

³⁶ *Ibid.*

II. Le formalisme, objet de correctifs

Ces critiques virulentes ont porté certains, toutefois très minoritaires en France, à rompre radicalement tant avec l'analyse des formes du droit qu'avec les entreprises de classification et de systématisation auxquels procèdent habituellement les juristes. Cette rupture a produit, à une extrême, des analyses critiques des rapports de domination véhiculés par le droit³⁷, et, à l'autre extrême, des philosophies morales désireuses de réintégrer une idée de justice de type jusnaturaliste dans la pensée du droit³⁸.

Il reste que, pour une grande majorité d'auteurs, la réorientation du travail juridique a tourné court ou, plutôt, il a fini par présenter une envergure plus modeste que prévue. Outre le poids des habitus académiques et disciplinaires, deux principales raisons peuvent l'expliquer.

En premier lieu, les juristes du tournant des XIX^e et XX^e siècles ont beaucoup compté sur l'importation de la méthode expérimentale développée en France par Claude Bernard pour se dégager des raisonnements logico-déductifs. L'ambition était de saisir la « réalité du droit », d'une part, en déplaçant le corpus d'étude des textes législatifs ou des codes vers l'activité juridictionnelle alors en plein essor et, d'autre part, en substituant à la démarche déductive effectuée depuis lesdits textes ou des principes posés *a priori*, une démarche inductive partant de l'observation des pratiques quotidiennes du droit. François Gény l'expliquait parfaitement : « la méthode de démonstration par la déduction strictement logique » part « de définitions *a priori*, construites par génération, immuables, rigides, nécessaires, universelles (définitions géométriques), complétées par des axiomes et des postulats, sur lesquels s'échafaudent les théorèmes, dans un enchaînement rigoureux et pleinement convaincant pour l'esprit » ; « à l'inverse, la méthode inductive » se déploie à partir de phénomènes « bruts et non organisés ». Elle se développe depuis une « hypothèse suggérée par l'observation primesautière », et cherche à la vérifier « au moyen d'une observation plus profonde, mieux encore de l'expérimentation proprement dite »³⁹.

La faiblesse des termes de cette opposition réside dans le fait que la démarche inductive reste une mise en forme d'ordre logique de la réalité. Elle nécessite en outre un point d'arrêt de la généralisation des données qu'elle opère, point d'arrêt qui ne peut être fixé qu'en fonction d'une finalité préétablie. Enfin, comme l'a bien expliqué Raymond Carré de Malberg⁴⁰, les opérations d'induction et de déduction

³⁷ Voir M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit. ; G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971.

³⁸ V. notamment, M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, red. 2001.

³⁹ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, op. cit., p. 168-169.

⁴⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, réédition Éditions du CNRS, 1920, p. 1 et s.

se révèlent être étroitement complémentaires et interdépendantes dans les processus de théorisation. Gény en convient aussi. Il commence son ouvrage *Science et technique en droit privé écrit* vingt ans après *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* en reconnaissant que « la mécanique de l'interprétation », les opérations de systématisation, de catégorisation et de déduction se mêlent « comme d'instinct »⁴¹ à l'observation et à l'induction. Il le démontre en décomposant les principales étapes méthodologiques d'analyse du droit : l'observation des réalités dégage les problèmes et prépare la solution ; elle appelle l'étape suivante de formulation de « postulats, entrevus par intuition et acceptés par un élan de croyance, pour servir de bases aux inférences » ; la déduction devient ensuite prédominante car « seule apte à féconder les principes et à les mettre en pleine valeur ». Finalement, reconnaît Gény, l'expérimentation reste rare et n'intervient

« guère qu'à titre d'observation renforcée pour contrôler les résultats acquis par le raisonnement logique ; les hypothèses se [présentent] sous forme conceptuelle et [s'érigent] parfois en théories, afin de donner aux principes une fermeté artificielle, qui puisse en augmenter la portée déductive »⁴².

En second lieu, la méthode expérimentale dont s'inspirent les promoteurs d'une nouvelle science du droit s'accommode fort bien d'une délimitation formaliste de l'objet juridique. Il suffit de l'exercer à partir des seules données du droit positif, que celles-ci proviennent de la loi, des actes administratifs ou de l'activité juridictionnelle. C'est ainsi que chez de nombreux auteurs, malgré les intentions affichées, les modes de restitution et de remise en forme du droit ne s'avèrent pas radicalement différents de ceux de leurs prédécesseurs. Si en s'ouvrant à « la réalité », certains peuvent enrichir leurs travaux de données relatives aux pratiques sociales du droit, le plus souvent, les juristes se contentent de mettre en ordre et de synthétiser les décisions juridictionnelles ou administratives observées. Comme le relèvent Christophe Jamin et Philippe Jestaz, se retrouve en fin de compte appliqué « à la jurisprudence le même soin de rationalisation et de systématisation que les exégètes appliquaient au code »⁴³.

Dès lors, plutôt que de se détourner des travers formalistes qui structurent la science juridique, certains ont entrepris d'en proposer des correctifs.

Au niveau épistémologique, c'est sur le terrain de l'interdisciplinarité que des correctifs ont pu être envisagés. Toutefois, celle-ci est conçue et pratiquée de façon très variable. Pour de nombreux auteurs, les incursions vers des données

⁴¹ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, p. 9-10.

⁴² *Ibid.*, p. 211.

⁴³ P. JESTAZ, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 109.

et disciplines non-juridiques restent d'ordre instrumental, auxiliaire ou annexe⁴⁴. Elles remplissent une simple fonction de mise en contexte des enjeux sociaux, politiques ou économiques de la règle de droit. Par ailleurs, il a pu aussi être relevé que les données et catégories fournies par les disciplines non juridiques faisaient souvent l'objet d'un reformatage dans les modes de catégorisation et de raisonnement plus habituels aux juristes⁴⁵. Parfois aussi, elles sont considérées comme des évidences indiscutables relevant « de l'ordre de ce qui est *donné* et s'impose »⁴⁶.

Sur un plan axiologique, les correctifs apportés aux excès et dangers attribués au formalisme prennent la voie d'une réintroduction de considération de justice dans le droit. Les appels pascaliens à « corriger l'esprit de géométrie par l'esprit de finesse »⁴⁷ ou par des jugements moraux ne sont pas rares. Les *Leçons de droit civil* d'Henri, Léon et Jean Mazeaud l'illustrent. Si, pour ces auteurs, les méthodes de la discipline du droit, de l'interprétation comme de « l'enseignement des règles de droit »⁴⁸ doivent être structurées par un même programme de maîtrise de la logique et de la technique du langage juridique, cette base formelle ne doit cependant pas faire oublier que « tous les juristes ont pour mission de contribuer à instaurer une vie sociale toujours plus juste par une amélioration constante de la règle de droit »⁴⁹. La fonction sociale du juriste exige alors de celui-ci qu'il prenne position sur le droit positif. Les « méthodes dans la recherche d'une règle de droit plus juste » doit notamment conduire à s'aider « des faits du passé et du présent », chose possible grâce « à l'histoire, à la sociologie, à l'économie politique » mais aussi au droit comparé. C'est éclairés par ces informations que les juristes peuvent proposer des modifications de la règle de droit, « guidés qu'ils seront par le but à atteindre: l'idéal de justice à réaliser ». A ceci doit aussi s'ajouter la « vertu de la prudence » sans laquelle l'idéal de justice pourrait devenir source d'insécurité juridique. De la même façon, en matière d'interprétation, la méthode logique doit primer mais elle « ne doit pas être poussée trop loin »: « le juriste doit savoir renoncer aux déductions logiques dès qu'elles ne cadrent plus avec les nécessités de la vie sociale et de la justice. Plus simplement, on peut recommander au juriste de tempérer le raisonnement fondé sur la logique par un *solide bon sens* »⁵⁰.

⁴⁴ Voir par exemple, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 1963, p. 39.

⁴⁵ T. KIRAT, L. VIDAL, « Le droit et l'économie: approche critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées », *Annales de la régulation de l'Institut André Tunc*, vol. 1, p. 14.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁷ H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1936, p. 6/

⁴⁸ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, p. 38-39.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 38.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 39.

III. Le formalisme, objet d'enquête

Si, comme l'ont parfaitement remis en perspective Vincent Forray et Sébastien Pimont⁵¹, le droit est mise en forme et la science du droit une remise en forme elle-même plus ou moins formatée de cette mise en forme, les formalismes résultant éventuellement de ces processus sont susceptibles de devenir un terrain d'étude, un objet d'enquête.

L'entreprise n'est en réalité pas nouvelle. Au début du xx^e siècle, Raymond Saleilles insistait déjà sur le fait que le droit est une mise en forme de la vie sociale⁵². Selon lui, cette mise en forme est nécessaire pour que puissent être cristallisées, par « la méthode juridique », les grandes conquêtes et évolutions sociales⁵³. Dès lors, si Saleilles se montre sensible à ce que la science juridique envisage le droit « sous l'angle de sa fonction sociale supérieure »⁵⁴, il n'entend pas mettre à l'écart la méthode juridique. Le renouvellement envisagé de la science du droit par les sciences sociales consiste alors à ne plus étudier les mises en forme juridiques pour elles-mêmes, mais comme des instruments au service d'une finalité sociale.

L'analyse des spécificités des mises en forme du droit est aussi au programme des grands théoriciens positivistes. L'idée n'est pas, comme chez Saleilles, de s'intéresser aux fonctions sociales de la mise en forme juridique mais, à l'inverse, de théoriser cette mise en forme pour et par elle-même. On retrouve au fondement de ce programme la répartition du travail scientifique définie par Max Weber entre le juriste et le sociologue (*supra*), prise au sérieux par les juristes, en particulier par Hans Kelsen et, dans son sillon, en France, par Charles Eisenmann. Discutant la distinction entre la science juridique du droit constitutionnel et la science politique, ce dernier estime que le juriste s'intéresse aux règles juridiques en les envisageant sous des formes systématiques et logico-déductives dans le but de construire, à partir d'elles, des théories strictement juridiques. Il apporte un éclairage sur l'objet qui va dans le sens de « l'approfondissement et de la précision technique »⁵⁵. La science politique, au contraire, est appelée à s'occuper de faits politiques et d'institutions réelles. Elle apporte un

⁵¹ V. FORRAY, S. PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer*, Paris, Dalloz, 2017.

⁵² R. SALEILLES, « Y a-t-il une crise de la science politique? », *op. cit.*, p. 11 ; voir aussi R. SALEILLES, « Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie », *RIE*, 1904, p. 423.

⁵³ R. SALEILLES, « Allocution », in H. BERTHÉLEMY *et alii.*, *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, Paris, V. Giard & E. Briere, 1911, p. 21.

⁵⁴ R. SALEILLES, « Y a-t-il une crise de la science politique? », *op. cit.*, p. 32.

⁵⁵ C. EISENMANN, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques », in *La science politique contemporaine*, UNESCO, 1950, p. 136, cité in J. HOUDE, B. LETTRE, « Droit public et science politique », *Les Cahiers de droit*, *op. cit.*, p. 78. ; voir aussi C. EISENMANN, « Droit constitutionnel et science politique », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle* (1957), réédité in textes réunis par Ch. LEBEN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 511.

éclairage sur l'objet qui va « dans le sens d'une synthèse la plus totale possible, tendant à la fois à embrasser la totalité des faits juridiques et, en outre, à les intégrer dans l'ensemble des faits sociaux »⁵⁶. Si Charles Eisenmann a ainsi une idée précise des méthodes propres à chacune des disciplines, il n'est toutefois pas fermé à ce que, sans mélange des genres, chacune puisse être empruntée par un même chercheur. Il relève en effet qu'une séparation tranchée n'est pas sans servir ceux qui accentuent et caricaturent au besoin l'étroitesse et le formalisme des juristes pour mieux justifier l'autonomie de la science politique en en faisant, « l'antithèse de la science du droit constitutionnel »⁵⁷.

L'analyse des formes et de la structure du droit a, par la suite, également été placée au cœur du programme que Michel Troper confère à la théorie du droit. Ce programme permet non seulement de distinguer une théorie spécifiquement juridique d'autres types de théorisation du droit (sociologique, historique en particulier)⁵⁸, mais aussi de faire le départ entre ce qui relève d'un discours de la science du droit et ce qui ressort de la dogmatique juridique. Sur ce dernier point, la ligne de partage est tracée, d'une part, par le critère fondamental du statut modal des propositions (propositions descriptives et explicatives pour la science du droit, propositions évaluatives voire prescriptives pour la dogmatique)⁵⁹, et d'autre part, par la physionomie de l'objet d'étude. À la dogmatique l'analyse technique du contenu des normes et du droit applicable, à la théorie du droit l'analyse de la structure et des formes générales des ordres et des raisonnements juridiques⁶⁰.

Les discours théoriques s'intéressant aux formes du droit peuvent alors rentrer dans des genres discursifs très différents, et notamment mobiliser de façon contrastée des outils logiques de reformalisation de leur objet. En France, à de rares exceptions près⁶¹, le recours aux outils logiques pour analyser le droit est loin d'atteindre le niveau de développement connu ailleurs, que ce soit en Pologne⁶²,

⁵⁶ C. EISENMANN, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques », *op. cit.*

⁵⁷ M.-C. PONTHEUREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 243.

⁵⁸ Voir notamment, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994; *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 254 et s.

⁵⁹ M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, 3^e éd., coll. Que sais-je?, 2011, p. 26 et s.

⁶⁰ M. TROPER, *op. cit.*, p. 66 et s.

⁶¹ Voir notamment J. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ, 1964; *Logique des normes*, Paris, PUF, 1972; C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique. Initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF, 2001.

⁶² Voir par exemple J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992; « Paradigms of justifying legal decision », in A. PECZENIK, L. LINDHAL, B. VAN TOERMUND (eds.), *Theory of legal science*, Dordrecht-Boston, Reidel, 1984, p. 260 et s.

en Argentine⁶³, en Italie⁶⁴ ou en Scandinavie. Chez Alf Ross par exemple, l'usage abondant de la logique permet non pas, comme le ferait des dogmaticiens, de sublimer des propriétés logiques du droit pour les parfaire mais, au contraire, de nourrir une approche critique. L'analyse logique des raisonnements et des constructions conceptuelles qui se donnent à voir dans les énoncés juridiques permet de démontrer les limites et faux-semblant des inférences opérées⁶⁵. Chez les analytiques italiens, la perspective est quelque peu différente. La logique, comme d'autres outils d'analyse du langage, servent à construire un discours scientifique rigoureux qui permette de formuler des propositions nécessairement vraies. De telle sorte, la vérité des propositions déployées par la science du droit au moyen des inférences logiques devient autonome par rapport à celles pouvant être effectivement réalisées au sein du langage objet. Elle ne dépend que de la rigueur des inférences effectuées et non d'une correspondance avec le monde empirique, à savoir, en l'occurrence, les inférences auxquelles il est procédé dans un ordre juridique considéré. Le décalage entre vérité logique et vérité empirique qui pourrait le cas échéant en résulter ne remet pas en cause cette première à partir de moment où aucune erreur de raisonnement n'est commise. Il permet de montrer, comme c'est le cas chez Ross, que les relations observables entre les normes d'un ordre juridique donné ou que les raisonnements juridiques effectivement suivis par les juges, n'obéissent pas souvent à la logique⁶⁶.

En France, les analyses théoriques des formalismes juridiques présentent un aspect plus littéraire. Elles proposent des approches non formalistes du formalisme mais, ce, à des degrés divers.

Si, par exemple, le lexique narratif de Michel Troper ne fait pas usage des symboles de la logique formelle, ses travaux sont néanmoins structurés par le recours à des outils analytiques de classification, de décomposition et de distinction des significations conférées aux concepts juridiques. L'auteur fait en outre sienne la délimitation formaliste et positiviste de son objet d'étude. Il étudie le droit conçu comme ensemble de normes hiérarchisées, et plus spécifiquement sa structure, ses formes, ses modes d'interprétation.

⁶³ C. ALCHOURRÓN, E. BULYGUIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*; voir aussi D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010; J. P. ALONSO, « Principios implícitos y coherencia » : <http://www.unibocconi.eu/wps/wcm/connect/4eb2acb8-d133-405d-940c-f48d15bb8e68/Alonso.pdf?MOD=AJPERES>.

⁶⁴ Voir par exemple, N. BOBBIO, « Logica giuridica (I) » et « Logica giuridica (II) », in *Contributi ad un dizionario giuridici*, Torino, Giappichelli editore, 1994, p. 103-155; P. CHIASSONI (ed.), *The legal ought*, Torino, Giappichelli editore, 2001.

⁶⁵ Voir par exemple, A. ROSS, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 32.

⁶⁶ R. GUASTINI, « Sollsätze. An Exercise in Hard legal Positivism », in P. CHIASSONI (ed.), *The legal ought*, *op. cit.*, 2001.

À l'inverse, d'autres auteurs s'engagent dans des voies plus nettement affranchies de l'emprise formaliste. C'est en proposant un « bricolage » multidisciplinaire empruntant à la phénoménologie, à la linguistique et à l'herméneutique que Vincent Forray et Sébastien Pimont ont ainsi mené leur enquête sur les mises en forme juridique et les processus de transformation à l'œuvre dans le travail de description et de réécriture du droit⁶⁷. D'autres ont investi les champs d'étude ouverts par la philosophie et la sociologie pragmatique. Vincent Réveillère s'est ainsi appuyé sur les travaux de Robert Brandom pour revendiquer une « approche non-formaliste des formes juridiques »⁶⁸ et procéder à une analyse « pragmatique des concepts juridiques »⁶⁹, en l'occurrence celui de citoyenneté de l'Union européenne. La démarche conduit à considérer la définition des concepts objets de la recherche comme un résultat éventuel plutôt que comme un préalable nécessaire, et à concentrer l'enquête sur les pratiques conceptuelles des juges. Il s'agit alors de faire ressortir les usages différenciés des concepts que les juges construisent et mobilisent, forment et transforment à l'occasion des situations de controverse juridique dans lesquelles ils sont impliqués.

Un programme similaire a été plus largement ouvert pour rendre compte des formes qu'adoptent les interactions entre normes sociales, juridiques, coutumières ou encore standards économiques. Cherchant à penser les phénomènes de réception d'un mode de normativité à l'autre en associant les regards de la théorie du droit et de la sociologie pragmatique en particulier, l'enquête invite à dépasser les oppositions classiques entre le formel et l'informel, le droit et l'infra-droit, l'officiel et l'officieux. Le droit devient en conséquence un mode de normativité mettant en forme des prétentions, des attentes ou des revendications dont il s'agit d'analyser les caractéristiques spécifiques par rapport à d'autres modes de normativité. Celles-ci ne sont pas posées ou stipulées *a priori*. Elles sont appréhendées à partir des mobilisations normatives des acteurs tout spécialement dans des contextes de controverses ou de revendications⁷⁰.

⁶⁷ V. FORRAY, S. PIMONT, *op. cit.*, p. 78 et s.

⁶⁸ V. RÉVEILLÈRE, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Collection Thèses, 1^{re} éd., 2018, p. 460.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 7 et s.

⁷⁰ Voir le dossier thématique « Modes de normativité et transformations normatives : de quelques cas relatifs aux droits et libertés », *Revue des droits de l'Homme*, 16/2019, <https://journals.openedition.org/revdh/6328>, également publié en format papier, V. CHAMPEIL-DESPLATS, L. THÉVENOT, J. PORTA (dir.), *Modes de normativité et transformations normatives : de quelques cas relatifs aux droits et libertés*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2020.

Au terme de cette enquête, nous formulerons l'hypothèse que l'idée de formalisme juridique en France a été engluée dans une tension surdéterminée par des appréciations concurrentes de la fonction sociale tant du droit que de la science du droit, quand ces deux niveaux de langage sont pas tout bonnement confondus. Le formalisme du droit est valorisé lorsqu'il est associé à une fonction de sécurisation des situations individuelles et collectives. Il est dévalorisé dès lors qu'il est considéré couper le droit de la vie sociale en l'immobilisant ou l'ignorant. De son côté, le formalisme de la science du droit est en France, contrairement à d'autres États, rarement valorisée. S'il peut être associé à un esprit de rigueur, il est le plus souvent considéré comme un facteur de dessèchement de la pensée juridique et de déconnexion avec le réel ou le monde social.

Le défi pour la recherche juridique contemporaine est très certainement de dépasser ces visions *pro* et *contra*. En prenant au sérieux l'idée que le droit est une mise en forme normative spécifique du monde social créant ses formalismes, c'est-à-dire ses propres rapports à cette mise en forme, de riches terrains de recherche s'ouvrent aux juristes. Sur le plan théorique, il pourra s'agir d'étudier les formalismes spécifiquement générés par les mises en forme juridiques, en s'aidant, à un degré que chacun jugera utile et pertinent, des outils méthodologiques et conceptuels d'autres sciences sociales. Car, sur le plan épistémologique, réflexion peut précisément être menée sur les outils pertinents pour analyser les formalismes juridiques. On l'a vu, l'enquête peut être conduite sur un mode lui-même formaliste qui recourt à un appareil méthodologique empruntant à la logique et étudie les formes du droit en elle-même et pour elle-même. Elle peut aussi s'engager dans des voies plus littéraires ou pragmatiques construisant alors des récits non-formalistes sur les formalismes juridiques.