HAL
open science

L'école relationiste du droit - la nouaison ?

Emmanuel Jeuland

To cite this version:

Emmanuel Jeuland. L'école relationiste du droit - la nouaison ?. Archives de philosophie du droit, 2011. hal-02105718

HAL Id: hal-02105718

https://hal.science/hal-02105718

Submitted on 10 May 2019

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 relationiste du droit : la nouaison ?[1]

Par Emmanuel Jeuland, professeur à l'école de droit de la Sorbonne de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

« Quelle dose de vérité relationnelle les êtres humains sont-ils capables de supporter ?» interroge le philosophe des sciences Michel Bitbol en paraphrasant Nietzsche qui lui ne faisait référence qu'à la vérité[2]. Cette formule peut vouloir dire que la pensée relationnelle s'approcherait davantage de la vérité qu'une pensée qui se fonde sur des essences et des individus. Il est, en effet, plus facile de penser un objet isolé que la relation entre deux objets. Pourtant, il apparaît de plus en plus et dans de nombreux domaines qu'aucun objet ou entité n'existe à l'état isolé. « Tout est lié » dit la sagesse populaire[3]. Par conséquent, rien n'existe en soi. Or, en droit depuis la révolution française, on a pris l'habitude de raisonner à partir de citoyens isolés et égaux et des droits subjectifs individuels voire individualistes. On a perdu de vue que l'interdépendance précédait l'indépendance. Que l'individu se définit d'abord par ses relations avant de prétendre défendre ses droits. La notion d'interdépendance a pu être mise en évidence sous forme notamment d'un droit dit objectif pour dégager une théorie de l'institution devenant elle-même une sorte d'entité isolée tendant à faire oublier les relations juridiques.

Certes, on définit généralement le droit comme l'ensemble des normes qui régissent les relations entre les hommes. Mais cette définition laisse entendre que le droit se résume à des normes qui s'appliquent à des relations humaines préétablies et non juridiques. C'est oublier qu'il n'existe aucune relation humaine qui ne soit instituée au sens de fabriquée par des paroles et des symboles. Le droit, dans ces conditions, serait bien plutôt l'ensemble des relations juridiques instituées sous l'égide d'un tiers en particulier le juge, au moyen de paroles et de symboles et encadrées par des normes. Les liens juridiques ne sont bien sûr pas inconnus du droit mais ils ne sont que très peu étudiés. Il en existe pourtant moins d'une dizaine notamment le lien conjugal, contractuel, statutaire, de filiation, de parenté, de nationalité et d'instance. Aucune théorie d'ensemble des liens de droit ne paraît exister.

Or, les nouvelles technologies, la nouvelle économie qu'elles induisent, les transports modernes impliquent des interconnexions entre les acteurs que ce soit par des ordinateurs, des téléphones portables, des aéroports, des ports ou des gares. Il est question de réseaux sociaux, de connexions financières et

[1] Cet article est issu d'un projet de programme de recherche. Il est dédié à Marie Brossard et à Michèle Odinot.
[2] M. Bitbol, De l'intérieur du monde, pour une philosophie et une science des relations, Flammarion, 2010, p.488.
[3] Et un proverbe africain : dans la vie chacun est enchaîné à l'autre, B. Adjou-Moumouni, le code de vie du primitif, sagesse africaine selon Ifa, Ruisseaux d'Afrique, Kindonou, 2007, p.236.

d'économie du numérique. Parallèlement, les outils de management faisant référence aux relations humaines dans la négociation et le travail envahissent tous les champs économiques que ce soit celui de la justice, de la santé ou de l'éducation. Le droit ne serait ainsi qu'une technique parmi d'autres de régulation des rapports humains et pourrait donc disparaître ou tout au moins décliner. Dans cette optique, le juge apparaît comme une figure soumis à son tour à la concurrence des modes alternatifs de règlement des conflits et à celle des juges étrangers. Les réseaux techniques i.e. d'énergie, d'eau, de transport, d'image et de son donnent lieu à un droit dit de la régulation. Le droit tente de s'adapter aux évolutions mais il semble manquer d'outils conceptuels pour penser un nouveau droit voir un nouveau paradigme en droit. La notion de réseau[4] en droit reste relativement descriptive et ne peut guère être considérée comme une catégorie juridique.

Notre hypothèse générale est qu'il émerge un paradigme relationnel aussi bien en droit que dans les sciences humaines en général que dans les sciences dites dures. Il s'agit sans doute d'un paradigme qui est davantage « secondarisé » en droit que nouveau. Il paraît simple et évident mais il oblige à une sorte de conversion intérieure dans la façon d'envisager les objets de sciences et en particulier les faits juridiques. Il ne faut plus privilégier les entités, les normes, les personnes physiques et morales et leurs droits subjectifs, il convient de mettre l'accent sur ce qui existe entre les pôles de la relation.

Il apparaît que d'assez nombreux auteurs ont eu, dans l'histoire juridique, une approche relationnelle du droit. Cependant, ces bourgeons n'ont pas tant donné de fruit que des tiges conduisant à d'autres tiges c'est-à-dire influençant d'autres auteurs. Il n'a, semble-t-il, jamais existé d'école relationiste du droit à proprement parlé alors que l'on a pu parler d'école normativiste, positiviste, jusnaturaliste ou encore réaliste du droit. Cette école est restée en pointillé comme une série de bourgeons ne parvenant pas à la nouaison, ce moment connu en arboriculture comme le début de la croissance du fruit, ce stade où la fleur commence à se transformer en fruit. Elle pourrait bien émerger aujourd'hui car la complexité et la nouveauté des phénomènes juridiques nécessitent de mettre au point de nouveaux outils de compréhension. Le terme de nouaison venant du verbe nouer traduit lui-même la notion d'un lien fragile entre différents éléments qui vont donner le fruit. L'approche relationiste du droit est tout sauf naïve ou sentimentale, elle tient compte au contraire du fait que les relations ne sont durables que si elles sont instituées par des symboles et encore la relation juridique reste en équilibre toujours instable car elle implique la reconnaissance des parties entre elles et leur juste distance. Pour mettre en évidence ce moment de bascule, cet embryon d'école qui appelle de nombreux

[4] François Ost et Michel Van de Kerchove, De la pyramide au réseau, Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002.

approfondissements, il importe de retracer le passé en pointillé de cette école (I) avant d'envisager l'école à venir avec son potentiel de recherche (II).

I.- Une école en pointillé.

Une école est toujours une construction voire une reconstruction a postériori comme ce fut le cas, par exemple, pour l'école exégétique mise à jour à la fin du XIX°. C'est la réunion abstraite d'un ensemble d'auteurs ayant des approches similaires du droit. Il semble qu'aussi loin que l'on puisse remonter il a toujours existé une approche relationiste du droit sans que pour autant on puisse observer un courant fort. C'est plutôt un courant faible ou en pointillé. Chaque pays a ses traditions en matière de théorie du droit et le destin de l'école relationiste du droit a été fort différent selon les droits nationaux. Parfois reconnue comme une école influente (B), sans être dominante, elle a pu aussi dans d'autres pays ou elle a été développée être ensuite refoulée (A).

A.- une école refoulée.

Carbonnier affirme sans l'expliquer véritablement que les anciens auteurs avaient raison de donner beaucoup d'importance à la notion de rapport de droit. Une étude d'histoire du droit serait nécessaire pour éclairer cette assertion. Il est possible néanmoins de s'appuyer sur Domat (1625-1695) qui fait un usage fondamental des notions de lien et de liaison comme socle de son traité des lois dans un ordre rationnel. Cherchant à actualiser le droit romain, il prend pour point de départ deux lois fondamentales : « c'est cette première loi qui est le fondement et le premier principe de toutes les autres : car cette loi qui commande à l'homme la recherche et l'amour du souverain-bien, étant commune à tous les hommes, elle en enferme une seconde qui les oblige à s'unir et s'aimer entre eux »[5]. Il est difficile aujourd'hui d'actualiser une approche si religieuse. On peut tenter néanmoins d'interpréter une autre de ses phrases : « c'est par l'esprit de ces deux premières lois que Dieu, destinant les hommes à l'union dans la possession de leur fin commune, a commencé de lier entre eux une première union dans l'usage des moyens qui les y conduisent ; il a fait dépendre cette dernière union, qui doit faire leur béatitude, du bon usage de cette première qui doit former leur société ». La notion de lien de droit chez Domat part de la relation première avec ce que l'on pourrait nommer dans un langage laïc l'infini. Autrement dit, la vie limitée dans le cadre d'une société s'appuie sur l'illimité. On retrouve cette idée sous une forme contemporaine à l'intérieur même de chaque relation. Les mots sont nécessaires pour constituer des relations

[5] Traité des lois, chapitre 1, p.4, rééd. Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1989.

qui comportent des éléments insaisissables et ces mots eux-mêmes sont susceptibles d'interprétation à l'infini[6]. De cette approche théologique et abstraite, Domat tire des conclusions très concrètes : « ces engagements particuliers sont de deux espèces : la première est de ceux qui se forment par les liaisons naturelles du mariage entre le mari et la femme, et de la naissance entre les parens et les enfans ; et cet espèce comprend aussi les engagements des parentés et des alliances, qui sont la suite de la naissance et du mariage. La seconde espèce renferme toutes les autres sortes d'engagemens qui approchent toutes sortes de personnes les unes des autres … ce qui renferme ous les différens usages des arts, des emplois et des professions de toute nature, et tout ce qui peut lier les personnes selon les différens besoins de la vie, soit par des communications gratuites, ou par des commerces. C'est par tous les engagements de ces deux espèces que Dieu fore l'ordre de la société des hommes, pour les lier dans l'exercice de la seconde loi ». Certes, selon Domat, il existe deux lois fondamentales mais les autres lois vont être les conséquences des liens de droit et non l'inverse : « ce sont ces manières mystérieuses dont Dieu a formé l'engagement du mariage qui sont les fondemens, non seulement des lois qui règlent tous les devoirs du mari et de la femme, mais aussi des lois de l'église et des lois civiles qui regardent le mariage…Ainsi, le mariage étant un lien formé de la main de Dieu, il doit être célébré d'une manière digne de la sainteté de l'institution » (p.9). Il est possible de nouveau d'avoir une approche non religieuse d'une telle phrase en considérant à la fois le hasard et le déterminisme de la rencontre (on peut citer, par exemple, une rencontre sur Internet de deux personnes issues de la même commune parties vivre dans deux continents différents) ainsi que la difficulté de rendre durable la relation de couple.

L'importance du lien de droit a cependant été quelque peu perdue de vue par la suite en France ou peut-être refoulée pour laisser toute sa place à la loi et aux droits subjectifs avec la révolution française. La théorie du droit s'orientera ensuite, au début du XX° siècle, vers une approche objective et institutionnaliste avec Duguit et Hauriou. Les théories normativistes de Kelsen auront une forte influence dans la 2ème partie du XX° siècle. On ne peut guère citer que M. Villey qui traduit la notion romaine de jus par l'idée de rapport de droit permettant une juste attribution des biens et des honneurs[7]. Un auteur contemporain, R. Draï, a également une approche relationnelle du droit à partir d'une lecture de la bible et du judaïsme. Selon lui, un procès pénal ou civil doit avoir en perspective la

[6] V. notre essai, la fable du ricochet, une approche juridique des liens de parole, Mare et Martin, 2009.

[7] Michel Villey en effet : « *à Rome, ce que l'on appelle jus n'est pas le pouvoir du créancier, le droit de créance, mais l'obligation elle-même le* vinculus juris*, le rapport liant objectivement le créancier et le débiteur* » in La formation de la pensée juridique moderne, Léviathan, PUF, 2003, p.246.

remise en route des rapports de droit[8]. La théorisation de la notion de rapport de droit n'a jamais, à notre connaissance, été tentée[9].

Nous ne savons pas si Domat a influencé Savigny à propos de la notion de rapport de droit. Quoiqu'il en soit, c'est de nouveau à partir d'une lecture du droit romain qu'il fait émerger cette notion. Cependant, la notion de rapport de droit a connu un tout autre destin en droit allemand. Bien connu et développé au XIX° siècle, elle a servi à défendre les coutumes allemandes qui organisaient des communautés contre la tentation du droit romain et de la codification (Savigny, Gierke). La notion de relation du travail notamment a influencé des auteurs français tels que P. Durand. Elle n'est pas nécessairement liée à un contrat de travail et peut naître du seul fait de l'exécution d'un travail pour un employeur. Elle permet de définir le travailleur salarié dans la recommandation n°198 de la conférence international du travail. Elle est issue de la théorie de l'Arbeitsverhältnis développée en Allemagne dans la première moitié du XX° siècle[10].

Cependant, associée à la notion de communauté et de coutume germanique, la notion de rapport de droit a été récupérée par le parti nazi et a cessé, semble-t-il pour cette raison, d'être mise en avant après la seconde guerre mondiale. Elle n'en reste pas moins présente mais semble-t-il peu étudié[11].

Pour Savigny, le rapport de droit est un rapport de personne à personne ou de personne à chose qui comporte un élément matériel et un élément formel[12]. L'obligation est ainsi un rapport de droit entre deux personnes par lequel une personne domine sur une personne étrangère par des actes isolés[13] et non par des rapports constants comme dans les rapports de droit familiaux. Son approche sera reprise par de nombreux auteurs allemands du XIX° (Dernburg, Windscheid, Puchta, Voigt, pour Ihering relation juridique et droit subjectif sont identiques etc.)[14].

B.- Une école influente.

---

[8] V° judaïsme, dictionnaire sur la justice, dir. L Cadiet, PUF, 2004.

[9] voir une tentative individuelle de défrichage et d'actualisation, notre article l'énigme du lien de droit RTDciv. 2003, p.455.

[1010] A Jeammaud, rapport général sur la représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail au XIX° congrès mondiale de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale du 4 sept. 2009. Il note que la notion de relation de travail a été reprise en France sans succès, elle a été critiquée par G Lyon-Caen ; elle a aussi été reprise au Mexique par Mario de la Cueva et Nestor de Buen.

[11] Remarque que nous devons à Patrick Rémy, maître de conférence germaniste et travailliste de l'université Paris 1.

[12] Système I, §52

[13] Droit des obligations, chap. 1, §2, p.6, 1851 rééd. De la trad. Fr. de Gerardin et Jozon, 1873, LGDJ 2008

[14] Auteurs cités par J. Ferrer Arellano, ouvrage cité ci-dessous dans son chapitre 3 sur la relation juridique dans la science du droit, dogmatique et théorie générale.

La théorie relationiste du droit constitue un pan de la théorie du droit italienne. Elle a été développée au milieu du XX° siècle par des auteurs comme Alessandro Levi[15] et Francisco Cicala[16] puis reprise par des auteurs tels que Goergio Del Vecchio[17] et plus récemment Augusta. Elle a pu être présentée comme une des trois écoles de théorie du droit aux côtés des approches institutionnaliste (avec Santi Romano) et des approches normativistes (avec Bobbio). Ainsi A. Catania, un auteur contemporain peut écrire : « au cours de notre siècle et en relation avec la culture juridique italienne, on peut dénombrer trois théories générales du droit : le normativisme, l'institutionnalisme et enfin la théorie relationnelle ou du rapport juridique »[18] . A. Levi s'appuie sur les auteurs allemands du XIX° siècle et notamment sur Savigny[19].

Il apparaît cependant qu'il s'agit d'une théorie marginalisée dans ce pays en comparaison des deux autres écoles de théorie du droit, l'école normativiste et l'école institutionnaliste[20]. Il semble en particulier qu'A. Levi n'ait pas réussi à montrer la primauté du rapport de droit sur la norme. Au contraire, c'est la norme qui permet de déterminer quelle relation est juridique. De même pour F. Cicala le rapport juridique est un rapport entre des sujets et des normes. A Levi considère que la société est un ensemble de rapports de droit déterminés par des normes. Une autre critique qui peut lui être faite est dés lors de limiter la société a son versant juridique. F. Cicala mène une construction qui est davantage interne au droit. Mais il est lui-même débordée par les théories normativistes qui ont incorporé la notion de rapport de droit conçu comme un rapport de normes (Kelsen) et non comme un rapport entre des sujets. Pourtant, assimiler le droit à un ensemble de normes apparaît de plus en plus réducteur. Il serait plus juste de considérer que le droit est un ensemble de rapports juridiques encadrés par des normes. Pour N. Bobbio[21], l'approche relationnelle relève d'une conception atomistique de la société – des individus entrent en contact avec d'autres individus - tandis que l'approche institutionnelle relève d'une approche organique de la société – l'individu se situe au sein d'ensemble plus large. Il n'est pas certain qu'il faille opposer l'approche relationnelle et l'approche institutionnelle. Elles se complètent. Un ensemble de rapports de droit forme une structure qui constitue une institution qui elle-même peut avoir des rapports

[15] Teoria generale del diritto, Padova, Cedam, 1953.
[16]F Cicala, il rapporto giuridico, 3ème éd. 1940, Milano 1959
[17] G. Del Vecchio, Philosophie du droit, réed. Dalloz, 2004.
[18] Manuale di teoria generale del diritto, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 15 traduction libre de : « nel nostro secolo et in relazione alla cultura giuridica italiana, si possonon numerare tre teorie generali del dirittto : quella normativistica, quella instituzionalistica e infine la cosidetta teoria relazionale o del rapporto giuridico».
[19]Op. cit., p. 28.
[20] A. Catania, Manuale di teoria generale del diritto, GLF editori Laterza, 2006, p. 16.
[21] , "Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico", in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turin, 1955, p. 53 s.

avec d'autres sujets de droit. Cependant, l'approche relationnelle est première et implique que l'institution n'assèche pas les rapports de droit.

Malgré ces critiques, l'école relationiste italienne a été quelque peu influente puisque la notion de rapport de droit sert à définir le contrat à l'article 1321 du Code civil qui indique : "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico avente contenuto patrimoniale". Le contrat est l'accord entre deux ou plusieurs parties ayant pour but de constituer, modifier ou éteindre un rapport juridique ayant un contenu patrimonial.

Les auteurs italiens[22] ont aussi une influence sur la doctrine espagnole[23]. En particulier Joaquin Ferrer Arellano s'inspire fortement de F. Cicala dans sa filosofia de las relaciones juridicas[24]). Il n'est pas possible dans le cadre d'un simple article d'approfondir chacune des positions. On peut dire néanmoins que J. Ferrer Arellano développe la théorie de Cicala à partir de la philosophie du droit naturel de Saint Thomas d'Aquin. Il établit une typologie des relations juridiques[25]. Il distingue ainsi la relation juridique naturelle entre l'ordre juridique et les membres de la société qui est juridique par nature car elle repose sur un droit objectif unique comprenant le droit exclusivement naturel et le droit en partie naturel. Il met à jour également des relations juridiques verticales entre la conduite sociale et l'ordre juridique qui rendent juridique la conduite sociale qui prend la forme de droit subjectif. Il existe enfin des relations juridiques horizontales comprenant les relations entre les parties et l'ordre juridique et les parties entre elles (justice commutative, distributive et générale). L'auteur retrouve ainsi une forme de pyramide de relations juridiques plutôt que de normes qu'il présente comme traduisant l'idée d'attribution dans chaque relation[26], ce qui paraît proche des idées de M. Villey. La juridicité des relations découle de la juridicité de la relation juridique naturelle qui est en haut de la pyramide.

Aux États-Unis, l'école relationiste du droit prend une forme tout à fait particulière. Elle est surtout représentée par Lon Fuller sans que, à notre connaissance, il se soit inspiré des théories relationistes européennes. Pour cet auteur un processus d'interaction et de raisonnement à propos du droit peut conduire à construire progressivement une société. Il ne raisonne pas en termes de rapport de droit véritablement mais il prend tout de même la relation comme

[22] V. aussi Passerin D'Entrèves, il concetto di rapporto giuridico nella filosophia et nella scienza del diritto, riv.int. di F del Dir. 1936, p. 557 ; R. Trèves, il diritto come relazione, Torino, 1934 (cité par Ferrer Arellano)
[23] L. Bagolini, notas acerca de la relacion juridica, Anuario D.C 1950 p.7 (traduit en espagnol de l'italien) ; De Buen, la teoria de la relacion juridica en el derecho civil, Libro homenaje a FC Diego, Madrid 1940, 183-197 ;De castro, la relacion juridica de derecho internacional privado, RJ 1939, p. 453
[24]Rialp, Madrid, 1963.
[25] V. en conclusion p. 383
[26] Op.cit., p. 388

point de départ de sa conception du droit. Cependant, la relation humaine n'est pas vue comme nécessairement juridique mais comme le lieu de la fabrication du droit dans le sens de norme. Pour cet auteur, le droit n'est pas un commandement de l'autorité c'est une norme discutée et acceptée par des parties autonomes qui s'en servent pour guider leur action. Elle donne des raisons pour agir dans telle ou telle direction. Dés lors, le processus de l'interprétation d'une règle faite par une partie apparaît comme crucial. J Brunnée et S. T Toope, s'inspirant des thèses de Fuller pour fonder leur approche du droit international public, se demandent dès lors : "within a conception of law that is non-hierarchical, not define by the use of force, and mutually constructed by actors who may be both governors and governed (creators and subjects of law), what gives rise to a legal norm, distinguishing it from other social norms »[27]. Cette question conduit à une autre partie de la théorie de Fuller : sa définition de la légalité selon huit critères : la norme légale doit être générale (1), interdisant, permettant ou imposant une certaine conduite (2), elle doit être promulguée permettant aux citoyens de la connaître (3), elle ne doit pas être rétroactive (4) mais prospective pour permettre aux parties de préparer leur décision (5), la loi doit être claire, ne pas comporter de contradiction (6), être réaliste et ne pas demander l'impossible (7) et enfin il doit exister une cohérence entre les normes et les actions des acteurs officiels selon ces normes (8). Il s'agit selon cet auteur de la moralité interne de la loi, ce qui a été critiquée par les auteurs positivistes qui considèrent que le droit et la morale doivent être clairement distincts. A vrai dire, pour L. Fuller il s'agit essentiellement d'une moralité procédurale ne reposant que sur deux principes moraux : l'autonomie des parties et le souci de l'interaction ou de la communication.

Il est délicat de mettre en relation L. Fuller et des auteurs comme F. Cicala et J. Ferrer Arellano qui ont cherché la bonne articulation entre le rapport de droit et la norme. Le contexte des sciences humaines anglo-américaines fondées sur l'action et l'interaction plus que sur la relation proprement dire ne permet pas non plus de faire communiquer aisément ces théories. Il n'en reste pas moins que L Fuller permet peut-être aux auteurs italiens et espagnols de dépasser les critiques qui leur ont été faite de ne pas réussir à dégager le rapport de droit de la norme. En effet, pour L Fuller, la norme est en formation et implique l'adhésion de toutes les parties si bien que la relation est à l'origine de la règle qu'elle permet d'interpréter mutuellement et d'appliquer sous la forme d'action. A l'inverse, la théorie de L Fuller pourrait s'enrichir des théories européennes du rapport de droit qui le construise de manière plus juridique avec un objet, une forme, un tiers de référence et lui permettrait peut-être d'échapper à la critique

[27] Traduction libre : « Dans une conception du droit qui est non hiérarchique, non définit par l'usage de la force et mutuellement interprété par les acteurs qui peuvent être des gouvernants ou des gouvernés (créateur ou sujet du droit), qu'est-ce qui conduit à une norme légale la distinguant d'autres normes sociales ? »

de confondre droit et moralité. Une synthèse serait donc à construire et l'on peut parler de nouveau ici de nouaison.

Il existe également aux Etats-Unis des discussions autour de la notion de contrat relationnel qui paraît davantage conçu comme un contrat associé à une relation d'affaire, comme si la relation préexistait au contrat et au droit. Une hypothèse de recherche serait que le grand débat contemporain autour des notions de *civil law* et de *common law* pourrait être enrichi par une approche en termes de rapports de droit. Il se pourrait alors qu'une différence de fond concerne la conception du rapport humain en droit : informel et préexistant au droit dans les droits de *common law* ; il serait avant tout formel dans les droits issus du droit romain.

Est-ce une théorie supplémentaire ou une théorie qui se situe à l'intérieur des autres théories, normativiste, réaliste ou institutionnaliste ? Elle permet en tous les cas de soulever des problèmes tels que le lien entre les rapports de normes au sens de Kelsen et les rapports entre personnes ? Faut-il juger de la fécondité d'une théorie à ses résultats concrets ou d'abord aux questions qu'elle permet de soulever ? Elle permet aussi de contribuer à la complexification et la globalisation du droit tout en offrant peut-être une critique à la managérialisation du droit.

II. Une école à venir : un programme de recherche.

Il nous semble qu'un concept passé jusque là relativement inaperçu mérite d'être approfondi. Il s'agit du concept de rapport de droit, de relation juridique ou de lien de droit. Ces termes sont équivalents quoique le terme de lien de droit soit plus fortement attaché à exprimer la relation juridique entre deux personnes alors que le terme de rapport de droit peut concerner aussi des relations entre une personne et une chose. Ces termes étaient jusque là employés comme des expressions purement fonctionnelles et descriptives. Ils sont à la fois évidents, intuitifs et insaisissables voire troublants dans certains de leurs aspects. Ce changement de paradigme devrait d'abord être vérifié dans les sciences juridiques en France et à l'étranger (A). Il pourrait alors être comparé avec l'émergence possible de ce paradigme relationnel dans les sciences humaines et les sciences dures. Un travail collectif apparaît nécessaire pour explorer un grand nombre de pistes, multiplier les discussions et les regards (B).

A.- le paradigme relationnel en droit.

Il faut d'emblée préciser que le terme de relationnel ne doit pas être compris dans le sens du langage courant de rapport affectif. Il s'agit de rapports de droit

qui se construisent et se modifient sous l'égide d'un juge. Ils peuvent avoir un caractère affectif comme le lien conjugal ou de filiation mais ils peuvent être plus abstraits comme le lien contractuel.

Les enjeux sont théoriques et pratiques. Il importe de mener une réflexion de théorie du droit sur le lien juridique et de situer cette école parmi les autres écoles de théorie du droit : jusnaturaliste, positiviste, normativiste (quelle est la bonne articulation entre norme et rapport de droit, sont ils absorbés, distincts, l'un est-il secondaire par rapport à l'autre ?) institutionnaliste (peut-on penser les institutions comme ensemble de rapports de droit ?), constructiviste (idée que l'identité des personnes se construit par les relations entre les personnes), réaliste (s'agit-il d'une branche de l'approche réaliste du droit dans la mesure où il s'agit de tenir compte de ce qui paraît exister, une relation juridique ?) etc. Il convient également d'étudier concrètement tous les rapports de droit.

Une hypothèse de travail serait que de nombreux débats juridiques, de réformes législatives et de jurisprudence en construction tournent autour d'une notion de rapport de droit qui transcende les seuls rapports contractuels. En droit des affaires, la notion de relation commerciale prend ainsi son autonomie ; en droit du travail, la notion de relation de travail doit être distinguée du contrat de travail ; en droit de la construction, tout un nœud de relations formées autour d'un bâtiment doit être pris en compte pour comprendre la jurisprudence sur des points aussi techniques que la prescription ou les interventions. Les marchés publics permettent aujourd'hui largement les recours de concurrents évincés. La distinction des parties et des tiers cesse, dans ce cadre, d'être pertinente car ce ne sont plus les entités qui comptent mais l'intensité des relations. La notion de relation internationale aussi bien en droit international privé qu'en droit international public est reçue sans être discutée et théorisée alors qu'elle est au cœur du débat sur la régionalisation du droit et la mondialisation. Deux auteurs canadiens, J. Brunnée et S. Toope propose justement de fonder une nouvelle approche du droit international public sur la théorie interactionniste de L Fuller car elle permet de prendre en compte les diversités culturelles sans nier sa qualité de droit[28].

La notion de nationalité elle-même qui est trop vite définie comme un lien de droit doit être envisagée dans ce nouveau contexte. La figure du juge et de l'arbitre international ne prend toute son ampleur qu'au regard de sa fonction qui est de rendre viable ou d'annuler des relations internationales. En droit de la famille, émergent de nouveaux rapports de droit entre beaux-parents et enfants notamment que l'on peine à nommer. De manière plus générale, il convient

[28]Legitimacy and legality in international law, an interactional account, Cambridge University Press, 2010.

d'envisager la justice comme ce qui permet de créer, modifier ou détruire des liens de droit. C'est en ce sens qu'elle doit être « reliante »[29].

B.- Une étude transdisciplinaire des rapports humains.

La recherche collective sur la notion de rapport de droit serait enrichie par une comparaison avec les approches relationnelles qui se font jour dans d'autres disciplines.

Des domaines de recherche comme la sociologie, la psychanalyse, la gestion, la géographie et les sciences religieuses incitent à approfondir la notion de rapport humain. Il apparaît en effet qu'un lien humain n'existe que s'il est institué sous l'égide d'un tiers. Un lien juridique implique toujours un tiers : un notaire, un officier d'état civil, un juge, un Etat. Mais, si le tiers pas plus qu'une partie ne peut être défini en lui-même mais seulement par ses liens, la question est alors de savoir comment se définit le tiers. Il s'agit de celui qui n'est pas lié aux parties mais qui est lié à d'autres personnes de telle sorte qu'il soit en position de garantir la pérennité de la relation juridique entre deux parties. Dés lors, se construit une structure de liens de droit qui n'est rien d'autre que ce que l'on nomme communément la société (sans pour autant épuiser la notion de société qui implique également des normes non intentionnelles par exemple telle qu'une certaine distance physique entre les personnes qui varient selon les cultures).

Or, le droit ne doit pas être absent des débats de société. Il doit pour cela entrer en dialogue avec d'autres disciplines qui paraissent d'ailleurs également développer une approche relationnelle. Ainsi le sociologue A. Ehrenberg montre que l'interdépendance devrait primer dans l'analyse scientifique sur l'indépendance. Les individus sont le résultat de relations instituées[30].

M. Balmary, une psychanalyste a parlé de lien de l'homme aux côtés des droits de l'homme [31]. On peut aussi citer une approche cognitiviste vulgarisé notamment par D. Goleman[32].

Dans les sciences de gestion, le management repose sur les relations de travail et les négociations dans les relations d'affaire. Un récent intérêt pour le droit dans certaines écoles de commerce pourrait permettre d'opérer un rapprochement. Par ailleurs, certains géographes raisonnent de plus en plus en terme de réseau plus qu'en terme de centre, et en terme d'espace constitué par des interdits plus qu'en terme de nature primaire. Enfin, une des étymologies du mot religion renvoie à

[29] V. notre ouvrage Droit processuel, LGDJ, 2007.
[30] La société du malaise, O Jacob, 2010.
[31] Expression employée par Marie Balmary (séminaire psy-droit 2007) v. plus généralement M. Balmary, le sacrifice interdit, le Livre de poche, 1986.
[32] Cultiver l'intelligence relationnelle, R Laffont, 2009.

religare qui veut dire relier. Il s'agit d'une liaison entre les hommes et dieu mais aussi entre les hommes unis par une même foi. Le terme de filiation paraît ainsi provenir des théories sur la trinité. Le judaïsme comporte un droit talmudique où le but est de rendre viable la relation humaine[33].

En matière de sciences dures, il ne s'agit pas réellement de mener une étude interdisciplinaire car les domaines sont trop éloignés. Il s'agit de prendre la mesure d'évolutions qui ont lieu dans d'autres domaines et éventuellement de travailler avec des philosophes des sciences, de la technique et de la médecine. En matière de sciences physiques, un changement de paradigme est en cours à partir de la notion de relation. Considérer les atomes voir des éléments plus petits comme des entités séparées conduit à des impasses. Il paraît nécessaire d'envisager avant tout les relations entre atomes et autres éléments pour expliquer des phénomènes physiques. Les entités, dans cette optique, seraient très largement une somme de relations, un nœud de relation. Cela n'épuise sans doute pas la notion d'entité qui comporte jusque dans l'infiniment petit des relations entre éléments plus petits en son sein. Il ne s'agit pas de faire un modèle de ce changement de paradigme qui n'est encore qu'hypothétique (V. Michel Bitbol[34]). Il existe néanmoins un parallèle dont un chercheur doit tenir compte. Les avancées dans une science ayant souvent pour origine l'importation de solutions dégagées dans d'autres sciences. Ce que nous apprend la physique en ce domaine est que raisonner en termes relationnels implique de modifier sa conception des entités. Par conséquent en droit, il conviendrait de modifier en partie la conception des personnes physiques et morales. Il s'agirait de les définir à partir de leurs relations et non plus à partir d'une essence insaisissable. Cela conduit aussi à définir la relation comme un espace ou une distance entre deux nœuds de relations.

A partir de ce point de départ, il pourrait être envisagé de rapprocher les rapports de droit et les rapports créés par les nouvelles technologies (réseau d'image, de son, d'information, d'énergie etc.). Ainsi, par exemple, il conviendrait de comparer les réseaux sociaux sur Internet aux relations juridiques.

Des regards croisés entre l'art et l'école relationiste du droit conduit à confronter le droit à l'image et à peut-être sortir certaine matière de leur pré carré pour en faire le cœur du droit contemporain à l'aide de concepts de théories du droit : propriété intellectuelle, droit de la consommation, droit du sport. Comment articuler le foisonnement d'images qui traite d'une absence et la nécessité dans le rapport de droit d'une présence au moins à un moment donné ? Il conviendrait peut-être de partir des notions développées en photographie ou en peinture telles que les notions de détail (d'Arasse) ou de punctum (R Barthes) qui tout d'un

[33] R Draï, V° judaïsme, dictionnaire sur la justice, dir. L Cadiet, PUF, 2004.
[34] Ouvrage précit.

coup touche le spectateur, rende présent l'absent : « le punctum d'une photo, c'est ce hasard qui, en elle, me point (mais aussi me meurtrit, me poigne) »[35]. Il se pourrait que cette notion de punctum se traduise dans le rapport de droit par l'idée de coïncidence. C'est la coprésence par hasard de deux éléments qui crée le sentiment de saisissement, d'indicible[36]. N'est-ce pas la rencontre par hasard de deux personnes qui peut être à l'origine d'un rapport de droit ou de sa transformation ? Cette coïncidence traduirait dés lors un élément d'infini dans le rapport de droit, un élément de silence et de vide[37].

En conclusion, on peut avancer que l'école relationiste est peut-être en train de se nouer, de constituer elle-même un ensemble de rapports d'auteurs à auteurs qui prend forme. La nouaison n'est d'ailleurs pas sans faire penser à la liaison de l'instance, c'est-à-dire ce moment où les arguments sont échangés de part et d'autre à partir duquel il n'est plus possible de se désister unilatéralement. C'est le rapport de droit qui est jugé davantage que des individus. L'école relationiste du droit est sans doute fortement procédurale car tout rapport de droit est en constante évolution et que le rapport procédural est le modèle formalisé de ce développement difficile qui échoue souvent.

L'école relationiste se heurte enfin à une approche politique classique considérant le pouvoir comme un bien qui se conquiert et se conserve, quitte à étouffer les autres pôles des liens. Cette approche du pouvoir est contraire à la notion de démocratie selon Bonnefoy qui consiste à permettre à chacun d'être à distance de l'autre dans la liberté. C'est peut-être aussi la spécificité de l'Europe d'avoir établi une certaine distance juste entre les personne, ni trop courte comme dans certains pays d'Asie où chaque personne paraît être un maillon de la foule ; ni trop grande comme en Amérique, où chacun devenant une île pour les autres[38]. Le problème de l'institution est justement de nier potentiellement les justes distances et les normes peuvent être utilisées à la lettre par celui qui veut s'imposer, voilà pourquoi le centre de gravité doit être le rapport de droit. De même le nouveau management a eu pour défaut de détruire les rapports de travail en isolant les salariés en leur imposant une certaine mobilité et une concurrence accrue avec les autres salariés. Il se heurte ainsi à une certaine forme de management conçu comme un mode très sophistiqué de pouvoir. Par définition le rapport de droit n'est pas le rapport de force et il implique de renoncer au pouvoir en tant que propriété mais peut tout à fait conduire à un investissement politique reposant sur le dialogue (Habermas), le travail en commun, le réseau ouvert.

---

[35] R Barthes, La chambre claire, Cahiers du cinéma, Gallimard, Seuil, 1980, p.49
[36] R Barthes, Op. cit., p.72
[37] Sur le vide dans le rapport de droit v. notre ouvrage, la fable du ricochet, précit.
[38] V des éléments sur ce thème in F. Bonardel, Des héritiers sans passé, essai sur la crise de l'identité culturelle européenne, éd. De la transparence, Chatou, 2010.