

Les tensions entre le cas et la règle dans le raisonnement en droit

Jean-Yves Cherot

▶ **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Les tensions entre le cas et la règle dans le raisonnement en droit. Cahiers de Méthodologie Juridique [Numéros spéciaux de la RRJ - Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif], 2019, Le raisonnement par cas. Le raisonnement par cas en droit, 2018-5, pp.1817-1828. halshs-02335164

HAL Id: halshs-02335164
https://shs.hal.science/halshs-02335164

Submitted on 28 Oct 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.

Cahiers de méthodologie juridique

N° 32

Le raisonnement par cas
Le raisonnement par cas en droit

sous la direction de
Jean-Yves CHÉROT

RRJ 2018-5

Presses Universitaires d'Aix-Marseille puam

PROPORTIONNALITÉ Cas difficiles RAISONNEMENT JURIDIQUE
Défaisabilité CASUISTIQUE pratique discursive méthodes du droit cas limite
CONTRÔLE *IN CONCRETO* Cas exceptionnel cas semblables *LEGAL REALISM*
usage épistémologique du cas Équité CAS CRITIQUE théologie morale

AVANT-PROPOS

LES TENSIONS ENTRE LE CAS ET LA RÈGLE DANS LE RAISONNEMENT EN DROIT

Jean-Yves CHÉROT
Aix Marseille Univ, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, France

Il est assez courant que, sans y adhérer pour autant, on mette en scène une opposition, sous la forme d'une dichotomie, entre la règle et le cas. Comme l'écrit si bien Stefan Goltzberg dans ce volume, dénoncer une telle pensée dichotomique entre la règle et le cas pourrait bien être dénoncer un « homme de paille » pour mieux argumenter contre une thèse que personne ne soutient. Mais des pesanteurs persistent dans les représentations de la distinction entre la règle et le cas. Stefan Goltzberg y voit la trace de « l'opposition typiquement aristotélicienne entre la forme et la matière. La règle devient alors la forme (idéalement abstraite) et s'oppose au cas qui est la matière (particulière) ». « Cette opposition contribue à forger une grille de lecture où le cas sera toujours du côté du particulier et la règle toujours du côté de l'universel, donc de l'abstraction ». Ainsi, le cas est regardé comme l'input de la règle, la matière à laquelle on applique la règle. Dans la théorie des sources, le cas est situé dans la jurisprudence et la règle dans la loi. Plutôt que l'opposition, c'est la tension entre ces deux notions qui pourrait être le fil conducteur de l'enquête, pour mieux permettre de reconnaître et de voir les règles à partir du mode de traitement des cas. La construction du cas dans laquelle se mêlent le fait et le droit fait que, précisément, parce que le fait et le droit ne sont pas dissociables, le cas et la façon de le traiter ont tellement d'importance pour comprendre ce que c'est qu'une règle, ce que c'est que la construire, la formuler ou encore la suivre tout autant (et peut-être plus) que ce que c'est que l'appliquer.

Entre flexibilité et recherche d'explications et de justifications

Le traitement du cas dans le raisonnement juridique se prête à différents jeux, à différents points de vue et ce que l'on cherchera devant tant de diversité ou de flexibilité, ce sont quelques points de repères en termes d'explications et de justifications.

Mathieu Devinat montre (« La narration judiciaire des faits et le raisonnement sur les cas en droit canadien ») dans une affaire qui concerne l'application d'une disposition législative sur la protection du droit d'auteur, l'affaire *Euro-Excellence* (*EuroExcellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 21, 2007 CSC 37), étudiée de façon intensive, combien la construction du cas peut être évolutive entre la

façon dont il est pensé et vécu par le requérant, traité, non sans choix stratégiques entre plusieurs façons de le présenter et d'articuler les arguments, par l'avocat et jusqu'aux différences de regard que lui portent les juges aux différentes étapes des recours jusqu'à la cour suprême (ici la Cour suprême du Canada) et encore aux différences dans le style et les arguments des juges au sein de cette Cour. Mathieu Devinat montre combien il peut y avoir de discrétion dans le choix de présenter un cas sur le plan des arguments et combien même cela peut être étrange tant ces diverses présentations semblent fonctionner de façon parallèle sans que les différences d'approche soient l'objet même de la discussion entre les protagonistes. Dans le cas présenté par Mathieu Devinat, la question portait sur l'argument en vue de l'application d'un même texte et pour partie sur le meilleur argument pour ne pas en faire application, mais pour d'autres affaires, cette question pourrait aussi bien se porter plus directement sur les textes et les normes qu'il conviendrait d'appliquer à un cas. Vincent Réveillère a aussi montré combien se joue, dans la construction du cas devant la Cour de Justice de l'Union, notamment, là où c'est le plus visible, lorsque cette Cour est saisie par la voie de questions préjudicielles, une tension entre droit national et droit de l'Union européenne et ce qu'il a appelé la « subversion » des logiques et des cultures juridiques des droits nationaux (« Analyse de proportionnalité et raisonnement par cas à la Cour de Justice de l'Union européenne »). Afroditi Marketou montre aussi la différence majeure dans le traitement du cas dans le contrôle de proportionnalité lorsqu'il est question de vérifier si l'application d'une mesure nationale dans un cas peut porter atteinte au nom d'un intérêt public à un des droits de l'homme protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon que l'on se trouve devant le Conseil d'État français, d'une part, ou devant la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part (« Examen de proportionnalité et raisonnement par cas dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme »). Là où pour le juge français la prise en considération *in concreto* du cas est en général l'occasion de « sauver » la règle nationale dans sa généralité notamment par la saisie du cas sur le mode d'une exception (voire d'un jugement d'équité), la Cour européenne menace, toujours dans un contrôle de proportionnalité *in concreto* revendiqué, plus directement la règle elle-même, là même paradoxalement pourtant où le développement par la Cour européenne d'un contrôle et d'un raisonnement *in concreto* est une méthode visant à ne pas déclarer la norme nationale contraire à la convention européenne *in abstracto*.

Les trois textes de Mathieu Devinat, de Vincent Réveillère et d'Afroditi Marketou ont une force de démonstration puissante sur la façon dont le cas peut être traité, une force démonstrative qui se révèle à la mesure des questions et des hypothèses qui se précipitent à la lecture de ces textes ouverts à l'interprétation.

Le scepticisme à l'égard des règles peut lui-même prendre plusieurs formes, comme le montre l'analyse par François-Xavier Licari des critiques adressées dans le courant, par ailleurs très divers, du réalisme juridique américain aux présentations « classiques » (c'est le terme utilisé par l'auteur) du raisonnement juridique par les *common lawyers* et plus spécialement à la doctrine du cas chez Langdell (« Le traitement par cas du point de vue du *legal realism* américain »). François-Xavier Licari nous en apprend beaucoup sur les différentes facettes avec lesquelles les cas peuvent être compris par différentes écoles de droit. Ce n'est pas le fait par exemple que Langdell ait mis le cas au centre de la science et de l'enseignement du droit qui est en cause dans la critique que lui adressent les « réalistes américains », mais sa méthode de traitement des cas. Ce qui est passionnant, c'est de voir la variété même des critiques adressées par les réalistes à la méthode des cas telle qu'elle est pratiquée par les *common lawyers* ou telle qu'enseignée par Langdell et, en creux, les différentes théories alternatives du traitement du cas en droit qu'ils proposent. Les critiques les plus classiques venues du réalisme observent la liberté laissée aux juges dans un système qui repose sur les précédents dès lors que de nombreuses prémisses, pouvant servir de majeures dans le raisonnement, peuvent être logiquement induites de n'importe quel cas précédemment jugé. François-Xavier Licari rappelle ici l'importance que le raisonnement par l'induction a toujours eu dans les écoles de *common law* et dont la critique a formé une partie centrale de la construction des thèses du réalisme juridique aux États-Unis, chez Wigmore, Stone, Radin, ou encore Felix Cohen. C'est de la part de ces auteurs un appel à reconnaître que le point clef du raisonnement se trouve dans des points de vue politiques ou de principes permettant de justifier le choix des données pertinentes des cas qui sont à la source du précédent et, ce faisant, de la part de ces auteurs réalistes aussi un appel aux juges à révéler ces points de vue pour mieux faire face à leur pouvoir de création du droit.

Mais d'autres critiques, venant parfois des mêmes auteurs, mettent ainsi en évidence ce qui dans le recours à ces points de vue surplombants, lorsqu'ils sont revendiqués, comme c'est le cas chez Langdell, conduisent à construire des généralisations excessives, loin des besoins de la vie sociale et de ses évolutions.

D'autres critiques, par d'autres auteurs de ce même courant, portent sur la possibilité même de chercher une justification rationnelle à la décision du juge, la théorie ne pouvant pour ces derniers auteurs (Jerome Frank en est l'auteur emblématique) être autre chose que la description des facteurs qui animent la psychologie du juge, qui ont contribué à former son intuition et qu'il n'aura qu'à justifier librement puisqu'il est si facile de le faire selon des méthodes apparemment logiques mais ouvertes et non contraignantes du raisonnement juridique.

Les théories de l'argumentation pourraient nous fournir des éléments de modalisation des argumentations en les replaçant dans les contextes d'un discours situé et ici dans le contexte des institutions dans lesquels il est tenu. C'est bien l'analyse du discours qui a permis à Vincent Réveillère de rendre compte des modalités du raisonnement juridique et du traitement du cas par la Cour de Justice de l'Union européenne et à Afroditi Marketou de rendre compte des modalités respectives avec lesquelles le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme exercent de façon contrastée le contrôle de proportionnalité *in concreto*. Serge Boarini (« Les discours casuistiques. L'argumentation casuistique dans la théologie morale catholique. Le cas du jeûne eucharistique ») a présenté les lignes de force d'une telle approche dans le champ des discours casuistiques, en tant que genre, en prenant l'exemple, dans la théologie morale catholique, des discours de justification (dans les consultations canoniques, des dictionnaires de cas de conscience, etc.) des exceptions à la règle stricte du jeune eucharistique catholique. Le raisonnement casuistique illustre ici une approche argumentative selon des modalités, des lieux communs, permettant d'inférer des conclusions à partir des données culturelles et d'une pratique inter-discursive. Serge Boarini conclut que :

> « loin d'être un ensemble de manœuvres dilatoires et accidentelles, le discours casuistique présente une rigueur argumentative. Cette rigueur argumentative se manifeste sur ces trois points : les discours casuistiques sont portés par des structures argumentatives implicites ; ils déploient des stratégies discursives qui proviennent eux-mêmes des éléments discursifs utilisés ; ils mettent explicitement en œuvre des types de raisonnement ».

D'autres études ont emprunté (Pierre Livet, « Les propriétés inférentielles des raisonnements par cas »), une autre voie qui cherche la validité des modalités d'inférences à partir d'un raisonnement par cas. Ce serait ne pas rester attachés à comprendre les jugements dans le processus de découverte de la solution, mais encore à chercher quel en est, une fois la solution trouvée, le processus de justification logique. La distinction célèbre entre logique de découverte et logique de justification a toute sa place dans la théorie du raisonnement juridique et des inférences entre les cas et les règles. La distinction entre logique de la découverte et logique de la justification a été construite, dans la perspective d'une épistémologie scientifique au sein du Cercle de Vienne ; elle a été reprise ensuite par Karl Popper et elle a été importée en droit par Hart[1]. C'est permettre de retrouver et de discuter les options qui s'ouvrent pour regarder, du point de vue de l'épistémologie, le traitement du cas dans le raisonnement juridique pour fonder une décision justifiée. Sans surprise, on retrouvera dans la théorie du raisonnement juridique les différentes versions

[1] V. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2e édition de *The Concept of Law*, traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, p. 158-160.

de la méthode scientifique. Dans le prolongement (ou en écho) des théories du cercle de Vienne, est défendue la méthode inductive dont Pierre Livet rappelle les différentes formes qu'elle a prise dans le champ de la théorie du raisonnement : le raisonnement probabiliste et sa révision bayésienne ou encore les logiques « possibilistes » et dont certaines ont été appliquées au raisonnement en droit. Frédéric Rouvière (« La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques ») défend de son côté la méthode des « cas critiques » qui illustre, dans la lignée du falsificationnisme de Popper, une toute autre théorie épistémologique que la théorie vérificationniste du cercle de Vienne.

Dans le champ particulier des droits fondamentaux, la théorie du raisonnement juridique fait aussi appel à des théories morales qui permettent sur un plan plus technique de faire jouer le contraste entre les règles et les principes qui mettent plus directement le droit en contact avec les fondements justificatifs des droits invoqués *prima facie* devant les juges. C'est ce que défend en s'appuyant sur la théorisation de Joseph Raz, Charles-Maxime Panaccio (« Droits constitutionnels et proportionnalité : quelques éléments d'analyse »). Olivier Tholozan montre que, dans la recherche du critère de la subordination, qui définit le contrat de travail et l'application des règles de la législation sociale, les cas prennent toute leur signification dans un travail d'analyse indiciaire (« Raisonnement casuistique et faisceau d'indices : l'exemple de la subordination juridique ») qui permet, parce qu'elle est ouverte à toute une catégorie d'indices non hiérarchisés, de mettre en balance les principes qui s'opposent dans les cas les plus disputés (tel que le principe de la liberté d'entreprendre et les principes de protection qui fondent le droit du travail et qui ne sont pas à la disposition des parties au contrat).

Ce n'est pas que les principes invoqués pour mieux traiter le cas permettraient d'éviter de faire référence aux précédents, à l'analogie ou à la similitude des cas, et ce n'est pas qu'ils permettraient de fournir une justification scientifique à la décision. Le recours aux principes permettrait pour Pierre Livet de fournir une discussion plus rationnelle, plus ouverte aux données que, dans le fil du temps, les cas fournissent aux législateurs et aux juges. Le débat se ferait entre les règles et les principes qu'elles cherchent à mettre en œuvre ou encore entre les règles et les principes qu'elles affectent. Le recours aux principes qui ne peuvent pas, contrairement aux règles, faire l'objet d'exceptions, permettrait ainsi une meilleure circulation de la raison.

Cas exemplaires, modèles, paradigmes

Franck Haid examine les différences facettes du « cas exemplaire » (« Les vertus pédagogiques et argumentatives des cas exemplaires »). À la fois « cas topique », « modèle », mais aussi « cas simple », cas concret observé dans l'application d'une règle par un juge, mais aussi « illustration » imaginée pour guider la compréhension d'une règle ou d'un énoncé, le cas exemplaire est à la fois un outil scientifique pour expliquer et comprendre et un outil d'argumentation. L'argumentation par le cas exemplaire tire sa force, dans l'examen d'un nouveau cas, de la règle de justice qui veut que l'on applique un traitement identique à des êtres ou à des situations similaires ou de la référence à la cohérence « de cette œuvre écrite à plusieurs mains qu'est le droit ». Il est vrai que le cas exemplaire recouvre toute cette richesse. Ces différentes facettes sont cependant en tension, comme le montre Franck Haid, notamment dans l'opposition qu'il décrit entre l'exemple tiré de la jurisprudence et de l'« illustration » imaginée pour mieux rendre compte de la règle.

L'approche du cas exemplaire comme « modèle » mérite de se voir reconnaître une place spéciale dans le raisonnement juridique pour sa force d'explication, à travers ce que Franck Haid appelle une « hypothèse unique » ou encore « un cas suffisamment significatif pour aider à comprendre une proposition générale ou une notion, en la concrétisant ». En ce sens, le « cas exemplaire » peut être regardé comme une singularité qui permet d'aller vers d'autres singularités, parce qu'il possède en tant que modèle une puissance forte d'illustration comme un « paradigme » en tant qu'il « montre » quelque chose qui est là, à côté ou au-dessous[2]. Dans le paradigme, l'idée ou la généralité n'est pas créée par la conséquence logique d'une induction à partir de l'énumération exhaustive des cas individuels. Elle est produite par un seul exemple singulier qui rend intelligible une classe d'objet. Elle « créée un nouveau contexte analogique, une nouvelle généralité qui produit un nouveau contexte ontologique »[3]. Franck Haid met en garde cependant contre le recours en droit à une « illustration », souvent hypothétique, trop extérieure à la classe des objets qu'elle veut représenter. Il est vrai que les notions de « modèle » ou de paradigme telles qu'on vient de les présenter

---

2 Voir G. Agamber, « What is a Paradigm ? », in G. Agamben, *In the Signatures of All Things : on Method,* New-York : Zone Books, 2009, p. 9-32.

3 G. Agemben, précité. G. Agamben écrit encore « ce qu'un exemple montre est son appartenance à une classe, mais pour cette raison même il s'échappe de sa classe au moment même dans lequel il la montre et où il la définit. Aussi peut-on dire que la règle s'applique à l'exemple ? Il est très difficile de répondre. Dès lors que la règle s'appliquer à l'exemple seulement en tant que cas normal et non comme un exemple. L'exemple est exclu du cas normal, non pas parce qu'il n'y appartient pas, mais parce que son rôle est de montrer son appartenance à cette classe ».

sont revendiquées pour le travail en sociologie (Michel Foucault), en philosophie politique et en histoire (Walter B. Gallie[4]).

> « En droit, écrit Franck Haid, le ou les cas exemplaires de l'application d'une règle ne peuvent être choisis que parmi de véritables exemple d'application ».

C'est pourtant vers une théorie des « modèles et des "illustrations" et des échantillons » en droit que nous porte encore Stefan Goltzberg (« Les cas : entité hybride. Torsions de concepts juridiques et classification des concepts-rustines en histoire du droit et en droit comparé »). Stefan Goltzberg nous met sur la voie d'une autre façon de regarder le rôle majeur des cas et de leur traitement dans le raisonnement juridique, ici dans ce qu'il appelle, après Moscovitz[5], la « casuistique de formulation ». Si elle emprunte la présentation du cas par cas, elle « ne procède pas pour autant au cas par cas : c'est la loi elle-même qui est énoncée sous forme de cas. La formulation casuistique sous-tend les règles et les principes juridiques. Les règles et principes sont ainsi exprimées par exemplification, tantôt sous forme explicite de règle ou de principe ». Elle procède, écrit Stefan Goltzberg, par échantillonnage : « le cas est un échantillon de la règle abstraite ». Stefan Goltzberg indique que « l'exemplification se caractérise par le fait que l'objet qui exemplifie n'est pas simplement un signe, mais possède la propriété à laquelle il est fait référence ». Dès lors que le cas qui permet de définir la règle ne vise pas une référence directe dans le monde mais joue le rôle d'exemple, il n'y a pas de difficulté à appliquer la loi construite autour d'un cas concret à un autre cas concret différent mais qui est exemplifié par la formulation casuistique de la règle.

Stefan Goltzberg relève les nombreuses conséquences fâcheuses du fait qui a conduit à penser l'histoire du droit et du droit comparé de façon erronée en méconnaissant le fait que « la casuistique » a été dans certains systèmes de droit « comprise comme la formulation même de la loi ou de la doctrine ». Cette erreur a « empêché le chercheur de percevoir d'immenses pans de l'histoire du droit et du droit comparé (donc du droit tout court) ».

> « Le cas n'est pas forcément l'apanage de la jurisprudence : la loi – comme la doctrine ou la coutume – peut s'exprimer sous la forme de cas, c'est-à-dire dire sous une forme narrative, très stylisée, mais pas forcément abstraite ».

---

4 W. B. Gallie, « Les concepts essentiellement contestés », *Philosophie*, 2014/2, p. 9-33.

5 L. Moscovitz, *Talmudic Reasoning. From Casuistics to Conceptualization*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

Les systèmes de codification ont voulu, à la manière des sciences modernes, nommer les choses par leur nom et limiter la marge de manœuvre du juge. Ce qu'ils ont gagné ainsi en précision, en termes de dénotation du réel, de contrainte pour le juge, ils l'ont payé lorsque « le juge doit trancher des litiges qui résistent à une application littérale et que le projet politique de la codification connaît un démenti dans la multitude d'applications non littérales des catégories juridiques ». La doctrine a alors construit une série de concepts autorisant les torsions devant les cas résistants ce que Stefan Goltzberg appelle des concepts-rustines, qui, à l'image du programme de la codification, sont des concepts soigneusement définis, séparés, étanches, un programme constamment démentis par les faits[6].

Discussion du contrôle de proportionnalité *in concreto* dans la doctrine de la Cour de cassation et du Conseil d'État

Il a été beaucoup question durant ce colloque de la nouvelle doctrine de la proportionnalité *in concreto* inaugurée par la Cour de cassation dans le retentissant arrêt de la première chambre civile écartant dans un cas la règle de l'interdit législatif du mariage entre alliés en ligne directe, tout en revendiquant qu'une telle décision, dont la portée est limitée aux faits de l'espèce, ne remet pas en discussion l'interdit législatif (Cass., civ. 1re, 4 décembre 2013, n° 12-2606), une doctrine adoptée avec des modalités différentes par le Conseil d'État dans l'affaire *Gonzalez Gomez* (CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848). Ces affaires offraient un champ d'analyse empirique. Elles ont aussi été l'occasion de discussions théoriques, qui rejoignent, illustrent et complètent les thèmes déjà évoqués, par Victoria Fourment, Alain Sériaux et Jean-Yves Chérot[7].

Victoria Fourment (« La doctrine face au contrôle de proportionnalité *in concreto* comme illustration d'une controverse sur les méthodes du droit »), a montré que l'essentiel du vif débat doctrinal en France autour de la nouvelle doctrine du contrôle de proportionnalité *in concreto* se présentait autour de la question de savoir si elle comportait une nouvelle forme de reconstruction de la règle ou un particularisme touchant à l'équité. Victoria Fourment travaille avec cette distinc-

---

6 Ainsi, « le droit moderne, à son tour, ne se pose pas la question talmudique par excellence : *may nafka mina* ? "Qu'est-ce que ça change ?". Cette question se pose dans la littérature talmudique lorsqu'une distinction conceptuelle est présentée et évaluée. Ce n'est pas seulement du point de vue conceptuel qu'elle est examinée mais aussi et surtout du point de vue pragmatique : quel est l'effet d'une telle distinction ? Quel cas recevra un traitement différent selon que l'on utilise tel ou tel concept ? En d'autres termes, le rasoir d'Occam ne porte pas dans le Talmud sur l'ontologie mais sur la valeur ajoutée de toute distinction conceptuelle : sont refusées les distinctions conceptuelles qui n'ont pas d'effet juridique ou qui ne permettent pas de faire la différence entre deux situations ».

7 Afroditi Marketou y fait référence aussi sous l'angle de la comparaison de ces doctrines avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous renvoyons sur ce point plus haut dans ce texte.

tion majeure de la théorie du droit, que l'on trouve dans les travaux d'Alchourron et de Bulygin, comme de Riccardo Guastini notamment, entre questions d'interprétation systémique de dispositions normatives qui relèvent de la logique normative du système (conflits de normes, lacunes, interprétation ouverte entre deux sens du texte) et questions qui relèvent de l'application concrète de la norme à un cas (texture ouverte, exception sous la forme d'une décision d'équité). Dans la première hypothèse, il serait possible avant d'appliquer des textes portant des normes en conflit (dans le cas entre une loi et une disposition de la CEDH notamment) de régler d'abord explicitement ou implicitement la question de la situation normative pour en faire ensuite application au cas. Dans la deuxième hypothèse, il s'agirait d'un raisonnement au cas par cas, sans référence à une règle générale. Dans la première hypothèse, il pourrait être possible de faire application d'un précédent jurisprudentiel concernant la situation concrète déjà jugée (notamment par la Cour européenne des droits de l'homme). Dans la deuxième hypothèse, le juge n'a pas ou ne cherche pas de règle de conflit et effectue une mise en balance des intérêts divergents au regard des seules circonstances particulières de l'affaire concrète qu'il a à traiter. La situation est complexe car comme on le voit bien en fonction des décisions rendues par la Cour de cassation, la doctrine peut pencher vers l'une ou l'autre de ces deux hypothèses.

Axant son analyse sur les deux affaires les plus problématiques (celle dans laquelle la Cour de cassation écarte en 2013 l'interdit législatif du mariage entre alliés en ligne directe et celle dans laquelle le Conseil d'État écarte l'interdit de l'utilisation des gamètes de l'époux décédé pour une procréation médicalement assistée), mais peut-être aussi non réductibles aux autres applications par les juges français du contrôle de proportionnalité *in concreto*, Alain Sériaux (« Quand proportionnalité rime avec équité ») s'interroge sur le sens du recours à l'équité qui en serait la justification. C'est la parfaite occasion de rappeler le sens que la philosophie du droit jusnaturaliste classique reconnaît à l'équité : un jugement écartant la loi dans un cas, parce qu'elle ne peut pas tout prévoir à l'avance, qui ne vise pas à la remplacer, mais simplement à en faire une meilleure application du point de vue de sa raison. Alain Sériaux voit dans ces deux décisions les prémisses d'une toute autre doctrine, l'expression d'une « rhétorique de la proportionnalité » et d'une conception de la justice qui a « du mal à rimer avec l'équité ». Jean-Yves Cherot (« Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? ») critique le fait que les deux décisions précitées dans lesquelles les juges marquent si fortement la particularisme des cas dans lesquels ils écartent l'interdit législatif puissent être présentées comme une illustration pertinente de ce qu'est le contrôle de proportionnalité *in concreto.*

Défaisabilité et nature du droit

La défaisabilité, qui a reçu une si grande attention dans ce volume, porte, avec le texte de Mathieu Carpentier (« Cas difficiles et défaisabilité des règles ») sur la question du statut et de l'origine des exceptions en droit. Le texte de Mathieu Carpentier porte sur la question des types d'exceptions qu'un système normatif admet et sur la possibilité qu'un système juridique puisse admettre des clauses générales d'exceptions implicites[8]. La question est traitée sous l'angle stimulant, c'est le point que l'on retiendra d'un article beaucoup plus riche, de la question de la nature du droit. En effet, « le droit est doté de critères de *validité* qui viennent restreindre les raisons susceptibles d'être mobilisées par le juge » et « la difficulté », écrit Mathieu Carpentier,

> « tient au fait que les règles juridiques appartiennent à un système reposant sur des sources exclusives d'identification du droit et que les raisons susceptibles d'être mobilisées par le juge et les autres organes d'application sont, du moins *prima facie*, restreintes au seul champ des règles juridiques *valides* au sein de ce système ».

C'est pourquoi, des auteurs, tels que Lon Fuller ou F. Atria, rappelle Mathieu Carpentier, font « de la défaisabilité des règles juridiques le point central d'une théorie antipositiviste » en montrant les fragilités conceptuelles et pratiques de la célèbre distinction promue par le juspositivisme entre le droit tel qu'il est tel le droit tel qu'il doit être. Ces jusnaturalistes ont *a priori* la main parce qu'ils peuvent montrer que les raisons qui viennent justifier d'écarter la règle sont bien des raisons à la fois évaluatives et juridiques, parce qu'on ne peut pas concrètement, dans l'application du droit, distinguer ce qui relève de jugements objectifs sur ce qui est et des jugements évaluatifs sur ce qui doit être[9].

---

[8] La question traitée par Mathieu Carpentier ne porte donc pas sur le rôle que joue le fait de défaire l'application par défaut de la règle au sein du raisonnement juridique. Mathieu Carpentier ne s'interroge pas sur les particularités du raisonnement défaisable, sur la question de savoir ce qui se passe du point de vue du raisonnement à partir des règles et du point de vue de la logique lorsque qu'un « raisonnement permet d'effectuer à partir d'une règle une inférence par défaut, susceptible d'être bloquée par la survenance d'une exception ».

[9] Il convient de noter avec Mathieu Carpentier que le débat porte bien sur cette question de savoir si les considérations qui sont à la source des exceptions et qui les justifient font ou non partie du droit et non sur la légitimité d'une exception dans l'application d'une règle injuste. Car les juspositivistes, c'est en tout cas ce que ceux qui s'inscrivent dans la tradition hartienne, soutiennent aussi qu'il y a bien une question morale incontestable dans le cas où l'application d'une règle à un cas se révèle être immorale.

Mathieu Carpentier propose une autre façon de regarder les choses sur ce point. La défaisabilité des règles juridiques pourrait être pleinement compatible avec une théorie de la validité des normes juridiques telle que construite par le juspositivisme, dès lors qu'on peut défendre qu'il existe une norme juridique qui exige d'écarter les normes dans certaines circonstances exceptionnelles. Mathieu Carpentier traite alors la question de la défaisabilité comme une question de conflit de normes entre, d'une part, la norme positive qui pose une règle et, d'autre part, une norme d'habilitation spécifique qui autorise l'organe d'application à écarter la règle dans des circonstances exceptionnelles.

Ce faisant, Mathieu Carpentier montre aussi que la défaisabilité d'une règle, contrairement à la première idée reçue selon laquelle elle ne peut se concevoir que dans les cas clairs d'application des règles[10], peut être aussi une illustration de cas difficiles, soit pour les antipositivistes parce qu'ils verront dans la défaisabilité naître la question de l'exception à partir de la transformation d'un cas apparemment simple en un cas difficile qui tient à la confusion du droit tel qu'il est et du droit tel qu'il doit être, soit pour les positivistes, pour lesquels le cas difficile prend ici la forme d'un conflit entre normes.

[10] À la question, écrit-il, « de savoir si les cas où la règle est susceptible d'être défaite fait partie des cas difficiles, *prima facie*, la réponse semble négative. Le propre d'un cas difficile est d'intervenir lorsque l'on ne sait pas si la règle est applicable ou doit être appliquée au cas d'espèce. La défaisabilité semble au contraire recouvrir une hypothèse différente où la règle est clairement applicable mais où une raison supplémentaire vient justifier qu'on en écarte l'application ».