

## «ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE», OU LE JUGEMENT CONSTITUE-T-IL DU DROIT?

par Michel KRAUSS\*

*Christian Atias, Épistémologie juridique.  
Collection «Droit fondamental», Paris,  
Presses Universitaires de France, 1985, 208  
pp. 69 FF.*

Au risque de surprendre le lecteur, j'ai opté pour une introduction anecdotique à l'intéressant livre du professeur Christian Atias. J'aimerais faire part de deux événements récents qui me troublent en mes qualités de professeur de droit et de juriste.

1) Une personne plutôt sympathique, et très pauvre, du village que j'habite m'a récemment demandé un conseil légal. Cette personne venait de recevoir un avis de poursuite devant le Tribunal d'Accès à la Justice (ou «Cour des petites créances»). La demanderesse lui réclamait 1 000 \$ (la limite juridictionnelle de ce tribunal), en remboursement d'une partie du prix qu'elle avait payé à ce «client» pour une auto achetée de lui. Effectivement, elle avait payé l'auto 1 500 \$, et elle estimait maintenant avoir fait une mauvaise affaire: la voiture ne «valait», selon elle, que 500 \$ au moment de l'achat. Aucune fraude de la part du vendeur n'était alléguée: la demanderesse voulait tout simplement que la cour révise le contrat qu'elle avait librement négocié avec le vendeur.

L'affaire était assez fondamentale, juridiquement, et j'ai rédigé pour le bénéfice de mon «client» un guide de 12 pages pour lui expliquer le cheminement de l'argument juridique qu'il devait invoquer à la cour. (Les avocats ne pouvant comparaître devant la «Cour des petites créances», ce moyen détourné était nécessaire.) Brièvement (et puisque la *Loi sur la protection du Consommateur* ne s'appliquait pas à ce marché entre particuliers), selon le Code civil, la cour ne pouvait pas intervenir pour refaire un contrat librement consenti en l'absence de certains «vices de consentement», dont l'origine philosophique est parfaitement compatible avec la notion d'une société libérale que sous-entend le Code. Ces vices de consentement n'étaient pas présents dans ce cas. Il n'y avait pas non plus de «vices cachés» dans le produit vendu (la vente était d'ailleurs «sans garantie», et mon client n'était point un «vendeur en semblables matières»). Alors le juge devait respecter la libre volonté des parties à ce contrat.

---

\* Professeur titulaire, School of Law, George Mason University.

Le bénéficiaire de mes conseils gracieux a peu d'instruction, et il a tenté de comprendre ces principes vulgarisés dans le document en question. Il a dépensé (suivant mes conseils...) 75 \$ pour un veston sport, afin de «bien paraître» en cour. Il s'est fait accompagner par ses parents et par des témoins oculaires du contrat d'achat. Rendus à la cour, la demanderesse a exposé ses doléances (*i.e.* qu'elle avait payé trop cher l'auto), et mon «client» s'apprêtait nerveusement à exposer son argument juridique. Le juge l'en a empêché, en disant qu'il avait assez entendu, et qu'il ne serait pas nécessaire d'entendre le défendeur: son jugement écrit parviendrait aux parties dans les quinze jours. Informé de cela, j'ai immédiatement compris que le juge avait saisi de lui-même l'irrecevabilité de la demande, et j'ai rassuré le voisin quant à sa «victoire» imminente.

Dix jours plus tard, le voisin a reçu, par courrier recommandé, un jugement de cinq lignes. Étant donné qu'il avait vendu pour 1 500 \$ une auto qui «ne valait que 500 \$», il était condamné à verser 1 000 \$ plus les intérêts à la demanderesse, dans les dix jours. Il s'était fié sur moi, qui étais sûr d'avoir raison; voilà qu'il devait s'adresser à H.F.C. pour payer le jugement.

Ce n'est pas la première fois que je suis confronté avec une situation pareille, et ce n'est pas la première fois que je me suis demandé, en tant que soi-disant «expert» en droit des Obligations, comment discerner l'état du Droit lorsque la pratique quotidienne diverge ainsi de la norme écrite et enseignée. Devrais-je, à chaque fois que je conseille quelqu'un, me réfugier derrière cette hérésie enrageante pour le profane («Voici le droit *en théorie*; mais *en pratique* n'importe quoi peut être dit par le juge, selon ses goûts et son humeur»)? Pourtant, Kant avait établi une fois pour toutes l'invalidité morale et logique d'un tel énoncé dès 1793 (dans son *Berlinische Monatschrift*).

2) La deuxième anecdote nous transporte des basses cours de la «petite créance» à l'air raréfié de certaines études juridiques puissantes. J'y ai «envoyé», en quelque sorte, plusieurs de mes meilleurs étudiants, et j'entretiens avec certains d'entre eux une correspondance continue. Or, ces juristes souvent brillants relatent parfois une doléance existentielle; ils adorent le droit, et dans ces études (qui sont sans contredit les meilleurs du Québec) ils ne peuvent guère en faire. Ils ont beau rédiger de savants mémoires exégétiques (au sens non-péjoratif de ce terme; Christian Atias nous rappelle souvent, dans son livre, le véritable sens noble de ce mot) et philosophiques établissant la justesse d'une solution à retenir pour un problème juridique: leurs patrons n'en veulent point. «Donnez-nous des jugements», insistent-ils. Le moindre jugement, aussi mal raisonné soit-il, anéantit pour ces praticiens d'élite la plus savante argumentation scientifique.

Cette doléance est courante pendant les premières années de pratique de ces étudiants (après, elle s'estompe — la socialisation des patrons remplace ainsi celle du professeur...). Elle implique une violation courante et flagrante des règles constitutionnelles et

morales sur les sources du Droit, règles enseignées religieusement dans nos facultés. Encore, comment discerner le droit lorsque l'engouement pour les jugements a remplacé le raisonnement?

L'*angst* que le lecteur décèlera dans les paragraphes précédents est, bien entendu, essentiellement épistémologique. Si la philosophie du droit adresse la question «Qu'est-ce que le droit?», l'épistémologie juridique vise celle, distincte et moins immédiatement intelligible, «Qu'est-ce que connaître le droit?». Dans ce domaine difficile, le professeur Atias (de la Faculté de droit d'Aix-Marseille) vient de faire une contribution importante.

\* \* \*

Le but de l'auteur d'*Épistémologie juridique* est double, et voici qui ne sera peut-être pas sans surprise pour ses lecteurs. Dans un premier temps (et cet objectif le préoccupe pendant 123 pages), il vise ni plus ni moins qu'à décrire et à valider, voire à fonder, une science d'épistémologie juridique. C'est seulement dans une deuxième (et plus brève) partie que l'auteur esquisse certains éléments d'une épistémologie juridique. L'on voit donc que cet ouvrage est assez particulier, sinon personnel. Un petit sondage informel auprès de certains collègues a confirmé mon soupçon que le titre du livre laisse entendre que son auteur «fera» plus d'épistémologie, et prendra moins longtemps pour justifier sa démarche. Cela dit, il n'en demeure pas moins qu'*Épistémologie juridique* est parsemé d'aperçus théoriques extrêmement intéressants, dont je me contenterai d'aborder quelques-uns ici.

L'un des plus intéressants aspects du livre est sa mention (ici et là, jamais en détail, surtout au tout début et à la toute fin du livre) de la «révolution paradigmatique» (pour reprendre l'expression célèbre de Thomas Kuhn) qui afflige le droit depuis peu, et qui est largement à la source des malaises que j'ai relatés ci-haut. Sources bibliographiques à l'appui, Atias souligne que les civilistes du 19<sup>e</sup> siècle (la période qui a suivi immédiatement l'adoption des Codes civil d'inspiration napoléonienne) étaient loin d'être de vulgaires littéralistes. Au contraire, leur épistémologie, leur accès au (et compréhension du) Code, était rendu possible par une compréhension du droit ayant à son «noyau» le «*jus naturalis*» et l'esprit critique d'opinions doctrinales savantes. Dans cette perspective, par exemple, le droit privé dominait clairement le droit public: ainsi, la fonction principale du droit administratif était de réduire au minimum la soustraction de l'administration étatique à l'empire du droit privé.

Ce paradigme a changé au cours des trente premières années de ce siècle (l'auteur enragera plusieurs avec le peu de détails fournis pour décrire ou expliquer cette révolution intellectuelle; je rappelle que cela n'était pas son but principal); c'est le positivisme qui lui a succédé. Dans cette perspective, «Connaître le droit, c'est additionner le plus grand nombre possible de lois / règlements / décisions de juges» (p. 15). Le droit devint alors, non plus le *Juste* (au sens aristotélicien) à rechercher en tout domaine, mais tout simplement (tout bêtement?) le produit de volontés constitutionnelles habilitées. Connaître le droit, c'est être au courant de toutes ces volontés. L'appauvrissement (en langue française, mais non en langue anglaise) du mot «jurisprudence» (qui voulait dire «science du droit», mais qui signifie maintenant «contenu des décisions des tribunaux») est une triste illustration de cet appauvrissement épistémologique. Kelsen, Austin, et Comte figurent parmi les principaux responsables de ce qu'Atias appelle, correctement, cette disparition de la science du droit.

Le lecteur perspicace aura peut-être deviné ici une raison d'être de la Première Partie du livre: en effet, et comme l'affirme Atias à la page 39 de l'ouvrage, «*L'épistémologie juridique, au sens strict de théorie de connaissance du Droit*», n'a pas lieu d'exister en milieu positiviste: seule une philosophie du droit (austinienne ou hartienne) sera possible. En procédant pendant 123 pages à la réhabilitation de l'épistémologie juridique, Atias a en vérité tiré de plein fouet sur un paradigme positiviste très coûteux tant en termes de libertés individuelles que de richesse intellectuelle.

La deuxième partie du livre est, de l'aveu même de l'auteur, beaucoup moins satisfaisante. Il s'agit essentiellement d'un bref résumé des grands débats épistémologiques, et de leur application au domaine juridique. J'aurais personnellement souhaité que le débat Kuhn/Popper reçoive un traitement beaucoup plus fouillé que les quelques pages qui lui sont consacrées (pp. 193 ss.). Ce débat, entre une conception épistémologique qui conçoit la connaissance avançant par «sauts» révolutionnaires et une autre, qui voit plutôt des raffinements et remises en question continuels, est à mon sens le plus fécond qui ait cours aujourd'hui. (Il est aussi, *inter alia*, d'une importance vitale pour ce domaine connexe à l'épistémologie juridique qu'est la Philosophie de l'histoire.) Néanmoins, Atias réussit à piquer l'intérêt du lecteur avec des mini-aperçus, tel celui sur le rôle curieux des «exceptions à la règle» dans le droit positiviste (pp. 162-163). Ses notes bibliographiques sont toujours pertinentes et utiles (même si l'importante littérature de langue anglaise est à peine effleurée...). L'auteur se permet même quelques

perles de sagesse, dont la suivante (ma préférée) mérite d'être citée extensivement et méditée par de naïfs littéralistes:

«[P]arce que le droit n'est ni règle générale, ni solution particulière, mais cheminement de l'une à l'autre[...], il ne peut être décrit, ni moins encore dit. Il n'est pas vraiment possible de dire ce qu'est le droit sur tel ou tel point; il faut se contenter d'en décrire les composantes et notamment la composante doctrinale dont l'influence est certaine, mais impossible à mesurer avec rigueur. L'utilité majeure de la controverse est de montrer que toute représentation du droit positif — qui est, en même temps, l'une de ses composantes — n'en est qu'une représentation. Ce que je dis être le droit n'est jamais qu'une opinion sur le droit. C'est l'expression d'opinions différentes ou opposées — autres composantes du droit positif — qui contribueront à permettre de s'en approcher.» (p. 185)

\* \* \*

Je me relis, et je constate qu'une partie de ma critique du livre d'Atias viole peut-être mon «code de déontologie de la note bibliographique»: son premier article est, «Il est inadmissible de vouloir que l'auteur ait écrit un livre autre que celui qu'il a effectivement écrit». L'ouvrage de Christian Atias manque peut-être d'ambition; mais à l'intérieur des paramètres modestes qu'il s'est imposés, ce livre est un véritable tour de force. Qu'il incite beaucoup de juristes à réfléchir sur la source de leur propre *angst* professionnel.