



UCA J.E.D.I.
UNIVERSITÉ CÔTE D'AZUR



PROJET « ANTÉCÉDENT »

Jean-Sylvestre Bergé
UCA – CNRS GREDEG – EUR LexSociété

Programme de Recherches Avancées de l'UCA^{JEDI}
Campagne interne 2021

Qu'est-ce qui préexiste à nos disciplines ? Quels sont nos a priori ? Ces interrogations, qui nous viennent de la philosophie des sciences, ont été hautement théorisées. Le projet « Antécédent » ambitionne de placer de manière totalement originale le droit au cœur de ces questionnements fondamentaux de manière à faire dialoguer, au sein de notre communauté scientifique et au-delà, nos savoirs sur les différents préjugés, présupposés, paradigmes, croyances (etc.) qui forgent nos constructions théoriques et pratiques et nous permettent d'en éclairer le sens et de le discuter.

Le projet de recherche avancée "ANTÉCÉDENT" vise à explorer une thématique innovante en droit et susceptible de s'appuyer sur d'importantes collaborations internationales. Il se donne pour double objectif le dépôt, fin août 2022, d'une candidature ERC Advanced Grant et la création à terme sur UCA d'un institut thématique sur le croisement de nos approches épistémologiques théoriques et pratiques dans nos différentes disciplines. La finalité première de cette recherche est de montrer comment le droit - qui n'est pas à proprement parler une science - est un moyen de revisiter l'usage contemporain qui est fait, notamment en philosophie des sciences, des "a priori". Il s'agirait de créer et de promouvoir une nouvelle épistémologie juridique de nature à alimenter les formations et les recherches en droit dans un cadre totalement interdisciplinaire et international, de dimension à la fois théorique et pratique. Cette ambition ne peut être atteinte que si l'on parvient à penser et à organiser à une échelle suffisamment large une participation significative des juristes aux réflexions critiques sur les théories de la connaissance.

1. Le point de départ des analyses : sortir du droit pour mieux y revenir

Une recherche sur les antécédents en droit ne résulte pas d'une théorie juridique prête à l'emploi qui permettrait de tracer mécaniquement les grandes lignes d'analyse.

Il faut inventer une nouvelle méthode.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'elle s'affranchit totalement de théories existantes.

1.1. En quoi peut consister une approche antécédente en droit ?

Pour répondre à cette interrogation, il faut essayer de se représenter ce que pourrait être une discussion ouverte sur les a priori du droit.

Le thème des « a priori » peut avoir pour ambition de conduire un travail critique de déconstruction/reconstruction de notions centrales dans différentes disciplines, notamment en droit.

De manière très générale, on peut dire qu'un a priori est un présupposé à nos constructions disciplinaires, présupposé qui a pour caractéristique d'être faiblement ou pas du tout délibéré.

Pour le dire autrement, est un a priori la représentation non savante des objets (au sens large) auxquels nous appliquons nos constructions. Dès lors que nous concentrons nos analyses sur lesdites constructions, nous investissons en général peu ou pas du tout, cette approche antécédente qui consiste à expliciter notre conception, perception, compréhension des objets que nous avons la prétention de travailler par nos différents savoirs et, notamment, les savoirs juridiques.

Il y a plusieurs manières de se poser la question du rapport entre les a priori et le droit. On peut ainsi essayer de distinguer trois approches.

Selon une approche que l'on peut qualifier de technicienne, le droit est conçu avant tout comme une discipline appliquée qui repose sur un appareil technique spécifique, nourri de vocabulaire et de méthodes de raisonnement propres. Si l'on veut être audible en droit, il faut être techniquement irréprochable, c'est-à-dire rigoureux et respectueux des canons de la discipline. Ce point de vue technique est tellement important que la grande majorité des juristes en font l'alpha et l'oméga de leur savoir. Dans cette première perspective, les a priori n'existent en général pas. Le juriste commence son analyse à la règle de droit. Il ne s'interroge que rarement sur l'existence d'une conception, perception, compréhension ordinaire des objets auxquels il applique ses constructions.

Au terme d'une deuxième approche que l'on peut qualifier de pratique, le droit commence au fait. Le praticien sait que l'essentiel de son travail consiste à façonner le fait de manière à lui faire produire tel ou tel effet juridique. Dans ce travail « à façon », il y a tout l'appareil juridique de qualification, c'est-à-dire de traduction du fait en droit. Mais il y a aussi de la place pour un travail sur les a priori. Chaque fois que le fait ne reçoit pas - ou pas encore - une qualification juridique normée mais qu'il joue un rôle potentiellement déterminant dans la solution juridique, on peut dire qu'il s'agit d'un a priori.

Reste une troisième approche que l'on peut qualifier de théorique. Le droit est aussi une affaire de théoriciens. Nous avons besoin de constructions abstraites pour modéliser les

techniques et pratiques du droit. C'est d'ailleurs la fonction principale des chercheurs que d'abstraire du réel des modèles et de proposer, le cas échéant, des super modèles. Dans cette approche théorique, il se peut que le juriste construise des a priori non délibérables et non vérifiables par la technique ou la pratique juridiques. Si l'on accepte un parallèle avec la théorie des sciences, la démarche se veut ici kantienne. Elle est clairement métaphysique.

Ces trois approches peuvent conduire le juriste à adopter des attitudes très différentes les unes des autres. Il peut essayer de construire un lien entre l'a priori et le droit. Il peut les tenir pour séparés et accepter, éventuellement, de les étudier en parallèle avec d'autres disciplines. Il peut, enfin, remettre en cause l'existence ou l'utilité même des a priori en droit.

1.2. Quelle peut être la dimension théorique du sujet ?

Si l'on s'en tient à une démarche essentiellement théorique, c'est, sans aucun doute, la recherche d'un lien entre l'antécédent et le droit qui est la plus intéressante.

Sans prétendre à l'exhaustivité, essayons de formuler différentes hypothèses de travail en nous appuyant sur des travaux très connus chez les juristes, le plus souvent à un niveau que l'on peut qualifier de mondial.

Si aucun de ces travaux n'a mis à proprement parler en scène la recherche que nous voudrions conduire dans ce projet sur les antécédents en droit, il est utile de s'y référer pour montrer comment l'approche antécédente peut mobiliser des questionnements considérés comme essentiels en droit.

Pour commencer, on peut chercher, à la façon du juriste autrichien, Hans Kelsen, à postuler en droit l'existence de normes hypothétiques fondamentales (*Gundnorm*), par essence non discutée et de nature à légitimer d'autres normes. L'antécédent prend ici la forme d'un a priori théorique qui permet de consolider l'édifice normatif qui, pour le dire simplement, repose sur la validation de chaque norme par la référence à une autre norme (par exemple, la loi validée par la constitution). Si l'on prend la norme la plus élevée - la norme constitutionnelle - il faut bien se référer pour sa validation à une autre norme. C'est ici qu'intervient l'a priori fondamental hypothétique imaginé par cet auteur.

Autre démarche, on peut, à la manière du juriste italien, Santi Romano, considérer que toute organisation sociale donne naissance à un ordonnancement juridique (*ordinamento giuridico*). Cet auteur a fourni ce travail très important consistant à faire entrer dans le droit, le fait de l'ordre social tenu généralement pour « antécédent » (l'auteur utilise plusieurs fois l'expression « antecedente ») au droit. Il peut s'agir bien sûr l'ordre social étatique. Mais l'auteur, en condamnant toute forme d'exclusivisme juridique, accepte de s'ouvrir à d'autres types d'organisation sociale : la société internationale, l'église, l'entreprise, l'école, la famille, la mafia, etc.

On peut enfin proposer de s'appuyer sur des travaux qui se sont efforcés de théoriser certains a priori. On songe notamment aux analyses de l'allemand Adolf Reinach en droit civil et de l'italien Francesco Carnelutti en droit commercial. Les figures de la « possession,

promesse, prétention et obligation », chères au premier auteur, et celle emblématique de la « circulation », étudiée par le second, sont autant de pistes susceptibles de nourrir une approche sans doute renouvelée sur ce que l'on peut appeler les modalités antécédentes du droit.

Pour les travaux auxquels il a été fait référence ci-dessus :

- H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1934-1960), trad. française de la 2^{me} éd. de la « *Reine Rechtslehre* » par Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962 ;
- S. Romano, *L'ordre juridique* (travail original publié en italien en 1918 et 1945), trad. P. Gothot et L. François de la 2^{ème} édition, éd. Sirey 1975, rééd. Dalloz, 2002, préface P. Mayer ; voir également, notre commentaire : *Les ordres juridiques*, Dalloz, coll. Tiré à Part, 2015 ;
- A. Reinach, *Les Fondements a priori du droit civil* (travail original publié en allemand en 1913), trad. R. de Calan, Vrin, 2004 ;
- F. Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, 1933.

2. L'ouverture du sujet à une approche interdisciplinaire et internationale : l'objet de cette réponse à l'appel à candidatures du PRA IDEX UCA 2021

C'est ici que commence le travail que nous voudrions inscrire au titre de cette réponse à l'appel à candidatures du PRA IDEX UCA 2021 avec comme perspective le dépôt, en 2022, d'un dossier ERC Advanced Grant et de la création à terme d'un institut thématique.

Pour mener à bien cette ambition difficile, deux pistes seront explorées : l'approche interdisciplinaire et internationale.

2.1. L'approche interdisciplinaire

L'approche antécédente en droit suppose, comme indiqué précédemment, de sortir du droit pour mieux essayer d'y revenir.

Cette opération requiert la mise en place d'une démarche totalement interdisciplinaire. Pour préparer cette démarche, il est indispensable d'ouvrir la question de l'approche antécédente à différentes disciplines.

La première discipline qu'il faut convoquer pour problématiser le sujet est naturellement tirée de la philosophie des sciences. La démarche « a priori » a été notamment théorisée par Kant dans sa dimension transcendantale. Même si, de manière intuitive, nous pensons qu'il est nécessaire de s'éloigner de ce schéma théorique – raison pour laquelle nous pensons préférable de recourir à cette autre expression des « antécédents » -, il faut repartir de ces analyses et s'interroger sur la vitalité contemporaine de cette lecture kantienne des a priori dans les théories sur la connaissance. Cela suppose, au premier niveau, un repérage de la littérature historique et contemporaine sur le sujet et, au second niveau, une confrontation d'idées avec des philosophes et historiens, le plus souvent non juristes, même s'il existe des exceptions (deux personnalités sont ainsi signalées au titre des référents du projet).

Mais la démarche se veut en réalité beaucoup plus ouverte d'un point de vue disciplinaire. Les questions soulevées par la recherche sur les antécédents peuvent être posées à propos de n'importe quelle discipline. Nous avons eu l'occasion à Nice d'explorer cette approche délibérément ouverte en deux grandes occasions.

- Pour un questionnement de ce type à propos du « Sens des libertés économiques de circulation » (travaux publiés en français et anglais), voir le colloque international et pluridisciplinaire (droit, économie, histoire, philosophie, sciences de gestion, sciences du numérique, sciences politiques, sociologie) qui s'est tenu en mai 2019 sur le Campus Trotabas : <http://www.universitates.eu/jsberge/?p=24450>
- Pour une première expérience de recherche collective (droit, économie, sciences de gestion et sociologie) lancée en 2020 au sein d'un laboratoire GREDEG (UMR CNRS n° 7321) sur le thème « Débattre de nos a priori ! » : <https://gredeg.univ-cotedazur.fr/manifestations-scientifiques/seminaire-pluriannuel-1>

2.2. L'approche internationale

Le droit n'est pas une discipline universelle. On peut enfermer son étude dans un territoire donné. Mais quand on accepte de s'ouvrir à des questionnements d'ordre théorique, la donne change du tout au tout. Il est alors possible d'ouvrir très largement les perspectives de recherche internationales.

En nous appuyant sur nos nombreux séjours à l'étranger, nous voudrions questionner, auprès de différents interlocuteurs choisis, l'hypothèse du projet dans l'espoir d'orienter ces liens existants et d'autres à constituer vers la nouvelle thématique de recherche ici proposée sur les antécédents en droit.