

La part implicite du droit : présentation et comparaison des approches antécédentes et computationnelles par Jean-Sylvestre Bergé - Pierre-Yves Quiviger

Canevas de présentation de J.-S. Bergé

- Deux précautions pour commencer :
 - état embryonnaire de la recherche sur l'approche antécédente même si elle occupe une place importante dans notre précédente recherche pluriannuelle :



- quand je commence une recherche, je ne me dis jamais que je vais être le premier à dire quelque chose ; je cherche plus modestement à nourrir une expérience de recherche qui me soit propre (je me donne une liberté totale dans le choix des objets et des méthodes)

- L'approche antécédente qu'est-ce que c'est ? R : C'est une recherche sur les a priori du 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. Ce présupposé est une conception, perception, compréhension ordinaire des objets (au sens large) auxquels nous appliquons nos constructions. Il peut s'agir de préjugés, de paradigmes, de croyances, etc.

Pour le dire autrement, est un a priori la représentation non savante des préoccupations des juristes. Dès lors que nous concentrons nos analyses sur la traduction juridique de ces préoccupations, nous investissons en général peu ou pas du tout, cette approche antécédente qui consiste à prendre le temps de délibérer sur ce quoi portent les 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.

- Pourquoi parler d'antécédent et pas d'a priori ?

Tous les antécédents du droit n'ont pas une dimension transcendante. Il faut ouvrir largement la perspective, sans chercher à trouver dans l'antécédent une explication d'ensemble du phénomène juridique. Nous en avons fait l'expérience avec les circulations (antécédent magique, libéral, social, ontologique, modal... et bien sûr fondamental).

- En quoi la démarche antécédente peut aider à éclairer la part implicite ou la face cachée du droit ?

Elle permet aux juristes de poser des champs nouveaux de délibération sur ce qui est trop souvent considéré comme étranger au droit. Compte tenu de l'importance que ces champs peuvent avoir sur les énoncés juridiques, il faut amener les juristes à en débattre. Elle suppose une approche pluridisciplinaire. Les antécédents existent dans toutes les disciplines et cette forme de « pas de côté » est un bon moyen d'entrer en discussion les uns avec les autres, sans crainte que le droit soit nécessairement la discipline ancillaire d'un autre savoir et réciproquement.

Elle emprunte beaucoup à la philosophie des sciences. Mais elle ambitionne d'abord d'organiser la revanche des juristes... sur eux-mêmes. Il faut trouver le moyen de caractériser l'existence d'une connaissance proprement juridique sans nécessairement avoir à démontrer qu'il existe une science du droit (au singulier). Le pari est fait ici que l'approche antécédente peut être l'un des moyens d'y parvenir.