**METHODE, RAISONNEMENT ET TERMINOLOGIE DU DROIT**

*Introduction*

 **⮚** Pourquoiun tel enseignement en semestre 1 ?

 Le but est de fournir les clés d’une véritable*« grammaire du droit »,* de faire comprendre que le droit nécessite un certain nombre d’*outils* conceptuels, linguistiques puisqu’il constitue une discipline à part entière, ayant son originalité, sa singularité.

 Une discipline que tout étudiant découvre à son entrée à l’université faute d’avoir été vue en lycée (y compris dans les séries dites technologiques du baccalauréat où le droit n’est pas abordé en véritable juriste, souvent d’ailleurs enseigné par des non juristes).

 En même temps, il ne s’agit pas de faire un enseignement dehaut niveau de théorie et de méthodologie qu’un étudiant de L1 n’est pas encore en état d’assimiler.

 C’est donc une **initiation** afin de faire prendre conscience la nature même du droit :

* Cen’est pas une *matière hermétique*, quasi mystérieuse dans la façon de la comprendre, dans la manière d’en pratiquer la langue,
* Ce n’est pas non plus *l’idée d’un amas de règles* qu’il s’agirait d’ingurgiter, voire d’apprendre par cœur : la connaissance du droit ne se réduit pas simplement à une bonne mémoire.

 Cela suppose des méthodes, fondées sur une certaine logique, des instruments techniques, une terminologie précise et riche, une manière de s’exprimer rigoureuse d’un point de vue intellectuel.

 En clair, la mise en œuvre du droit fait appel à un *savoir-faire* particulier, à des techniques, des méthodes caractéristiques.

 **⮚** Déjà la question centrale à se poser, ce qui été fait dans votre cours d’introduction au droit, c’est de se demander **ce qu’est le droit ?**

 En 1° année, on vous donne une définition relativement simple, pédagogique mais vous verrez au cours de votre cursus d’études, que plus vous approfondissez, et moins vous êtes sûr de la définition !

 Les non juristes y voient un ensemble de lois, décrets, arrêtés, donc un ensemble de textes, de règles écrites, voire un fouillis.

 Or ne pas oublier que même au XXI° siècle, il existe des droits coutumiers (par exemple en Afrique).

 Et ne pas omettre non plus que le juge a finalementprécédé historiquement la règle !

* Avant donc que l’on ait eu des règles, coutumières ou écrites, il y avait un juge pour trancher les litiges.
* Et d’une certaine manière, la règle provient pour beaucoup des habitudes de ce juge, d’une certaine constance dans la façon de trancher.

 D’où peut-être ce réflexe de rattacher systématiquement le droit au procès, au contentieux dans l’opinion publique.

 **⮚** Quand on réfléchit bien, on se rend compte que le droit, ce sont d’abord des **mots** quiordonnent, décident, condamnent !

 Donc on a un phénomène linguistique, c’est-à-dire tenant à la langue, au langage qui exprime un phénomène de *pouvoir*.

 Le juge, la règle, ce sont les aspects les plus visibles de cette forme de pouvoir.

 En même temps, le droit reflète une société, traduit des **valeurs**, et là on va au-delà de la technique juridique.

 En définitive, le droit peut être vu comme *grosso modo*

* L’ensemble des règles qui régissent la vie en société
* Règles dont le respect est garanti par la puissance publique.

 C’est un ensemble de mécanismes d’*organisation* des sociétés, de *régulation* des relations sociales.

 **⮚**  Il y a donc diversité de règles, de mécanismes.

 Mais pour ne pas se perdre dans ces règles, pour ne pas s’y noyer, pour ne pas avoir l’impression de se trouver face à une accumulation de normes, dont les supports, les vecteurs seraient eux-mêmes foisonnants, abondants, on a absolument besoin de rassembler, de classer, de *mettre en ordre*.

 Or cela est finalement l’objet de toute une science : *la science juridique*. D’où l’usage d’une technique, de procédés.

 Sinon le droit serait incompréhensible et donc non praticable.

 Et donc les juristes ne peuvent pas se contenter de la seuleconnaissance des lois, de la réglementation, des décisions de Justice, c’est-à-dire la *jurisprudence*.

 Les solutions juridiques qu’il faut apporter aux problèmes de droit vont dépendre de principes, de concepts, de raisonnements déterminés.

 Bref, il faut une véritable *méthodologie juridique* surtout à notre époque qui est marquée trop souvent par une abondance derèglementation pointilleuse, parfois contradictoire, souvent faite rapidement et donc mal faite.

 Une réglementation même éphémère puisque confrontée aux bouleversements techniques, humains, sociaux qui ne sont pas toujours stables.

 **⮚** On ne peut pas limiter le droit à tout un ensemble de textes que les juristes n’auraient qu’à connaître pour les appliquer *mécaniquement* à des cas particuliers.

 Il ne peut pas y avoir un texte pour chaque problème.

 Et même si c’était le cas, les textes peuvent être ambigus, incomplets, voire obscurs.

 Ils doivent être *interprétés* et là encore, cela demande une méthode : on n’interprète pas n’importe comment.

 **⮚** Donc si on admet que le droit est la discipline qui vise à organiser, à réguler une société et ses rapports internes, cela ne peut se faire de façon désordonnée, incertaine, contradictoire.

 On doit concevoir le droit comme étant un ensemble cohérent d’éléments*interdépendants*, qui dépendent les uns des autres, c’est-à-dire donc comme, ce qu’on appelle, un *système*ou un*ordre*.

 Un système se définit à la fois

* Par les *éléments qui le composent*
* Mais aussi par les *interactions, les liens entre ces éléments*.

 C’est l’idée que **tout se tient**. Ce qui caractérise un système, c’est bien la cohérence des éléments qui le composent.

 **⮚** Bref, l’enseignement de la méthode juridique aux étudiants est indispensable aussi bien pour leur faire comprendre le droit que pour leur apprendre à l’appliquer.

 Accumuler des connaissances ne suffit pas ; à la limite, c’est secondaire.

 Le plus important est d’avoir une *formation de l’esprit*, c’est autrement plus indispensable que de mémoriserbêtementdesrègles temporaires et spécialisées.

 La technicitédu droit peut faire peur, surtout au non juriste. Mais cette technicité qui est inévitable s’explique par la grande difficulté à traduirela réalité sociale, forcémentcomplexe,dans desformulations textuellesgénérales.

 Certains rêvent à un droit qui serait limpide, qui se résumerait en quelques grands principes, en quelques règles de base... (une chimère).

Mais la complexité sociale empêche d’avoir un tel droit ; au contraire, elle explique l’abondance juridique.

 Et donc heureusement qu’il y a la technique du juriste ! Car c’est elle seule qui va mettre del’*ordre* dans tous les matériaux juridiques.

 Sacré paradoxe : c’est justementcette technicité qui va clarifier. Mais encore faut-il pouvoir entrer dans cette technicité et donc appréhender la méthodologie juridique.

 On le fera à travers 3 chapitres :

* + Dans un premier temps, nous allons nous arrêter sur les *instruments de la construction juridique*, qui est une construction intellectuelle.
	+ Puis, connaissant ces instruments, nous pourrons exposer en quoi consiste le *raisonnement juridique*, ce qui en fait la singularité, son originalité.
	+ Et nous poursuivrons par le *langage juridique*, qui présente là aussi des particularités au regard du langage courant parce qu’il est au service des instruments conceptuels et du raisonnement propre au droit : c’est totalement *lié*.

**CHAPITRE 1. LES INSTRUMENTS DE LA CONSTRUCTION JURIDIQUE**

 Le travail premier du juriste consiste dans ce qu’on appelle le *traitement juridique*des faits.

 Le droit doit capter, saisir, s’emparer des phénomènes de la vie humaine et sociale.

 Le but est en effet de trouver des solutions juridiques les plus rationnelles aux problèmes concrets qui se posent.

 Et donc, on doit traduire tous les aspects de la vie en *concepts* et en *catégories* du droit pour pouvoir déterminer les règles qui devront être appliquées.

 En clair, toute réflexion, toute action juridique est basée sur un *va-et-vient*continuel entre le fait et le droit.

 Pour cela, il faut donc des outils, desinstruments avec lesquels on pourra établir des *classifications* juridiques.

 Des classifications dans lesquelles on va insérer les faits concrets, ce qu’on va appeler la *qualification juridique* des faits.

***Section 1. Des Instruments conceptuels et techniques***

 D’où viennent les règles du droit ?

 Elles sont issues d’une association de notions, concepts plus ou moins nombreux sachant que nombre de ces notions, de ces concepts se retrouvent dans plusieurs matières du droit.

 Donc on a bien une *construction intellectuelle* qui repose sur ces notions, ces concepts.

 Cela ne veut pas dire qu’on sera dans de la pure abstraction, de la pure théorie, déconnectée du réel : ce qui est en cause, ce sont bien des réalités humaines les plus concrètes.

 §. 1. Les instruments conceptuels

 ⮚ Quand vous pensez, quand vous parlez, vous utilisez des *concepts*.

 Un concept est une réalité mentale : c’est une idée abstraite, construite par l’esprit. Une idée *générale* qui permet de réunir divers éléments particuliers.

 Le droit fait de même : puisqu’il doit poser des règles notamment générales, c’est-à-dire des règles destinées à s’appliquer à un nombre *indéterminé* de personnes et de situations concrètes, cela doit passer par une certaine **abstraction** pour que la règle puisse être applicable par-delà tel ou tel cas d’espèce, tel cas particulier.

 En un sens, si on appliquait une règle particulière pour chaque cas, ce ne serait plus tout à fait une règle ! Et donc le recoursau concept s’impose.

 ⮚ On aura des concepts qui ne seront passpécifiquementjuridiques comme ceux empruntés à la perception commune, à la vie courante à l’image de celui d’animal.

 Mais d’autres, comme ceux de l’État, de la responsabilité, du contrat, sont proprement juridiques. Et on parlera alors plutôt de *notions juridiques*.

 Il faut bien comprendre le mécanisme : on saisit, on s’empare d’un phénomène, une chose sensible par la pensée et on intègre ce phénomène dans une représentation générale.

 Comme cela, on va placer ce phénomène dans le cadre du droit.

 Par exemple, si on prend cette réalité concrète qu’est le fait de prendre un bien : le droit peut saisir de ce fait de plusieurs façons :

* Si ce bien dépend exclusivement d’un seul, alors ce sera la *propriété*.
* Si c’est approprié par plusieurs personnes, alors ce pourrait être une *indivision* ou une *copropriété* (deux sens différents en droit pour un même fait)

 Donc faut bien voir que le droit utilise

* Des concepts qu’on appelle*primaires*, qui sont tout simplement des réalités qui existent déjà hors du droit comme la mort ou la naissance.
* Et des concepts *construits* qui comme le *contrat* ou la *société* expriment des institutions, des règles proprement juridiques.

 ⮚ Mais du coup, si on utilise des concepts, alors il faut savoir les désigner, les*définir*, autrement dit en décrire le contenu essentiel, en déterminer les composantes.

 En même temps, il faut voir aussi que toutes les notions juridiques n’ont un même degré de précision.

 On a :

* Des notions rigoureuses, précises, détaillées
* Et à côté on a aussi des concepts *indéterminés*dans un premier tempsmaisque l’on va déterminer selon les besoins quand il s’agira de les mettre en œuvre : *ex*. la notion de bonnes mœurs la notion de faute.

 Ce sont des concepts qui permettent d’appréhender toute une série de situations *et* de leur appliquer le traitement juridique qui convienne.

 Donc le *concept* est bien cet instrument par lequel le droit va avoir prise sur la réalité, agir sur la réalité. On extraitdu réel ce qui est essentiel pour le traiter juridiquement.

 ⮚ C’est pourquoi l’on dit que la méthode juridique se caractérise par son « *conceptualisme*».

 Et là où cela pourrait être plus subtil, c’est que certains concepts vont changer de signification selon la matière juridique (par ex. la notion de *domicile* n’aura pas le même sens en droit privé ou en droit public ou en droit pénal !).

 Un risque existe cependant : l’exagération dans ce conceptualisme, quand on va trop loin dans l’abstraction au point de se couper de la réalité sociale.

 Et donc à la base, on doit toujours avoir une identification *empirique*, un lien avec une ou des réalités concrètes.

 ⮚ On doit remarquer que parmi les notions proprement juridiques, qui sont avant tout des **constructions** de l’esprit, de l’intellect, on en a qui sont considérés comme indispensables, le genre de notion sans lesquelles on ne peut pas concevoir une organisation juridique.

Elles ont un caractèrefondamentalparce qu’elles sont àla basemême de tout système juridique.

Ce qu’on appelle des *notions fondamentales* du droit comme celles de *norme*, de *droits*, *d’obligations*, de *sanction*, de *jugement*, de *contrat*...

 Mieux, on a des notions qui sont fondamentales parce qu’elles sont à la base d’une société donnée, qu’elles sont représentatives de ses **valeurs**, elles renseignent sur ce qu’est la société.

Et donc c’est plus qu’une simple construction technique destinée à faire fonctionner le système juridique ; ainsi *l’Etat*, la *propriété*, la *responsabilité*...

 §. 2. Les instruments techniques

 ☞ Ou autrement dit les **procédés techniques du droit**.

 D’abord, il convient de rappeler qu’une *technique* se définit comme un ensemble de procédés que l’on met en œuvre pour obtenir un certain résultat.

 On aurait ainsi une technique dite juridique, c’est-à-dire un ensemble de moyens spécifiques permettant d’agencer, d’appliquer et de réaliser le droit.

 ☞ Ce sont là encore des constructions intellectuelles des juristes, nécessitant donc une certaine technicité.

 Et donc le non juriste est un peu perdu face à cela, déconcerté même car cela peut lui sembler artificiel. C’est cela qui explique une certaine mauvaise réputation du droit regardé comme du « juridisme ».

 Le langage juridique serait en particulier visé : on y verrait un jargon hermétique, incompréhensible tout simplement parce que le non juriste n’a pas conscience de la nécessité, des impératifs de précision, de sécurité, de technicité.

 2 outils indispensables à tous les systèmes juridiques peuvent être mis en avant :

* + - Le *formalisme*
		- Les *fictions*.

 A. Le formalisme

 ⮚ C’est la technique selon laquelle la *validité*etl’*efficacité*des actes dépendent, découlent du respect de certaines formes, de certaines formalités.

 On parle de formalisme dès qu’un élément de *forme extérieure*, déterminé par le droit, vient influencer, conditionner l’effet juridique produit, créé.

Si on ne respecte pas ces exigences de forme, l’efficacité juridique de l’acte est remise en cause.

 Donc le but est avant tout utilitaire. On veut faciliter les relations sociales et pour cela on donne à chacun des moyens de protection.

 Il faut bien comprendre que le respect de formes rigoureuses, précises et publiques, connues de tous constitue une **garantie** contre les manœuvres frauduleuses.

 Et on évite ce qui est équivoque, ambigu puisque le formalisme oblige à plus de certitude, de précision.

 ⮚ Mais, le formalisme n’est pas sans danger, sans risque.

 En particulier, quand cela devient de la forme pour de la forme, quand on multiplie les formalités, les complications, les retards donc.

 C’est la principale critique qu’on lui fait. Bref, il faut trouver un *équilibre*. Cela étant, répétons-le, le recours au formalisme est souvent une nécessité car les formalités sont des moyens de protection et de sécurité juridique.

 ⮚ L’un des domaines où doit s’appliquer spécialement ce formalisme, est celui de la *procédure juridictionnelle*, ce qu’on appelle le *droit processuel***,** le droit du procès (procédure civile, pénale, contentieux administratif...).

 Le respect des formes, des délais est indispensable pour que se tienne une bonne justice parce qu’ils permettent de faire respecter

* Le principe du *contradictoire* (c’est-à-dire, la liberté pour chacune des parties au procès de faire connaître tout ce qui est utile pour faire valoir sa demande ou sa défense)
* *Et* les droits de la défense.

 Un procès ne se déroule pas dans l’improvisation : on doit respecter toute une trame organisée, fixée à l’avance et connue de tous pour garantir l’égalité des armes.

 ⮚ Mais le droit dit *substantiel*, celui qui se rapporte à des actes, aux évènements de la vie sociale elle-même, donc au-delà la simple procédure, connaît aussi ce formalisme.

* On peut imposer des formes au nom de l’ordre social *ou* pour l’expression de la volonté et la garantie des droits privés individuels ou familiaux (par exemple dans le mariage ou à propos des testaments).
* On peut aussi les imposer pour protéger certaines personnes vulnérables ; ainsi à propos des personnes dites *incapables*, les majeurs protégés, où pour certains actes, il faut obtenir le consentement de diverses personnes en vue de les protéger comme le tuteur ou le curateur (cf. droit civil).
* On peut imposer des formes qui vont servirde preuve constituée à l’avance, pour assurer la protection de certains intérêts : c’est un formalisme de publicité. *Par exemple*, une vente immobilière n’intéresse *a priori* que le vendeur et l’acheteur et personne d’autre, la vente est constituée par leur accord. Mais on exige pour qu’elle soit conclue la forme d’un acte qu’on appelle *authentique* (provenant du notaire) selon donc des formes particulières, ce qui permet une publicité immobilière, foncière pour que les tiers (*c’est-à-dire* les personnes extérieures à l’acte de vente) puissent en avoir connaissance ; des tiers qui pourraient avoir des droits concurrents sur un bien. C’est cela un formalisme de publicité, une publicité de faits ou d’actes dont la connaissance est utile pour les tiers, pour la sécurité des affaires...

 B. Les fictions

 ⮚ C’est un procédé de technique juridique qui consiste *à supposer différent de la réalité un fait ou situation* pour en déduire des conséquences juridiques.

 Donc, c’est bien une négation *voulue* de la réalité, que cette réalité soit certaine ou possible, afin de produire des effets de droit.

 Cela peut apparaître de prime abord choquant, aberrant puisqu’on fausse la réalité ! On fait comme si une situation existait ou n’existait pas afin de parvenir à un résultat qu’on estime satisfaisant.

On vient altérer la vérité pour justifier des solutions adéquates. Un artifice de technique juridique.

 ⮚ La réalité vécue est travestie ; on la remplace par une vérité juridique artificielle : pourquoi ?

Avant tout, semble-t-il, pour sauvegarder un élément essentiel de l’organisation sociale.

⮷ *C’est d’abord pour faire respecter l’ordre social.*

Exemple type : l’adage « *nul n’est censé ignorer la loi* »

C’est une fiction nécessaire dont l’ordre juridique ne peut se passer.

On sait bien que personne n’est capable de tout connaître (surtout avec la prolifération et le parfois désordre des textes d’aujourd’hui !) mais on fait comme si et du coup on garantit, on protège le caractèreobligatoire du droit et ce faisant l’ordre social.

Sans cette fiction, tout le monde pourrait se soustraire, se dérober au respect du droit en prétextantqu’il ignorait les règles de droit.

Comment rendre la justice si le meurtrier peut se défendre en disant qu’il ignorait l’existence de l’infraction puisque n’ayant jamais ouvert un code pénal.

⮷ *On peut rechercher par ce biais**le juste ou la paix sociale*, quitte à modifier la réalité.

Un exemple célèbre emprunté à l’ancien droit musulman : la fiction de l’enfant endormi dans le sein de sa mère : elle permettait d’attribuer au mari une naissance intervenue 15 ou 18 mois après son départ pour la guerre ! On considérait alors que la paix des familles devait l’emporter sur la vérité biologique...

 ⮚ Il y a un rôle **constructif** des fictions quand ces fictions donnent lieu à un concept et que ce concept est le moyen d’une construction cohérente du droit.

 Autrement dit, lorsque sans ce concept, la mise en œuvre du système juridique serait irrationnelle.

 Un exemple significatif est la notion de *personne morale*.

 On vient personnifier des groupements de personnes ou de biens

* Pour en faire des sujets de droit
* Et leur reconnaître une aptitude à être titulaire de droits, à assumer des obligations, à agir sur la scène juridique.

 Elle permet donc

* de prendre en considération un but collectif poursuivi par certains groupements,
* de reconnaître leur droit de propriété individuelle, sur les biens mis en commun en vue de cet objet social
* de prendre aussi en considération les actes juridiques réalisés pour leur compte par leurs représentants...

 Le droit voit donc une *personne*dans un êtreimaginaire**,** *immatériel*, une construction intellectuelle comme cela on peut individualiser la poursuite des intérêts collectifs qui *ne se réduisent pas* aux intérêts particuliers des membres du groupement, qui sont différents de l’addition des intérêts particuliers des membres de ce groupement.

 On peut alors distinguer un patrimoine social différent du patrimoine propre à chaque associé (d’où l’infraction d’abus de bien social).

 *On assimile fictivement la personne morale aux personnes physiques.*

 On fait *comme si* c’était des personnes physiques, c’est-à-dire des êtres humains, des individus concrets.

 Et c’est essentiel pour tout notre système juridique.

Pour résumer, ces fictions servent

* à écarter des réalités gênantes
* *ou* à consacrer des artifices indispensables pour le fonctionnement du système juridique.