

Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit

Michelle Cumyn

Volume 52, Number 3-4, September–December 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1006585ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1006585ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cumyn, M. (2011). Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit. *Les Cahiers de droit*, 52(3-4), 351–378. <https://doi.org/10.7202/1006585ar>

Article abstract

Can the law be considered a system ? Lawyers, sociologists and legal philosophers generally agree that it can. Yet they hold strikingly different views regarding the structure of legal systems. On the one hand, legal philosophers and sociologists frequently depict the legal system as a pyramid of norms, drawing on the work of Kelsen, or they embrace a more recent definition of the law as a social system, following in the steps of Luhmann. On the other hand, lawyers picture the legal system as an elaborate taxonomy composed of legal categories ; the law is divided into branches, fields, subjects, and so on. Do lawyers, sociologists and legal philosophers stand so far apart that no common understanding can be reached of the structure of legal systems ?

Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit*

Michelle CUMYN**

Le droit forme-t-il un système ? Les juristes, les sociologues et les philosophes du droit répondent généralement à cette question par l'affirmative. Cependant, il est frappant de constater le décalage qui existe entre la théorie du droit et la doctrine juridique, dans l'idée qu'elles se font de cette systématique. Les philosophes et les sociologues se représentent l'ordre juridique à travers le modèle kelsénien de la pyramide des normes ou, plus récemment, à l'aide de la théorie systémiste de Luhmann. Pour la doctrine, la systématique du droit se manifeste plutôt par une division en branches, domaines et matières juridiques, soit des catégories juridiques s'insérant dans une taxonomie. Est-il possible de rapprocher ces deux mondes ?

Can the law be considered a system ? Lawyers, sociologists and legal philosophers generally agree that it can. Yet they hold strikingly different views regarding the structure of legal systems. On the one hand, legal philosophers and sociologists frequently depict the legal system as

* Une partie des recherches pour le présent texte ont été réalisées grâce à une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH), obtenue en 2003 pour le projet intitulé « Le rôle des catégories dans le raisonnement juridique en droit civil et en common law ». Au cours des prochaines années, l'auteure poursuivra ses recherches sur les catégories juridiques de base grâce à une subvention du CRSH obtenue en 2011. L'auteure remercie les évaluateurs externes de la revue pour leurs commentaires à la fois critiques et généreux, qui lui ont permis d'approfondir son analyse tout en clarifiant son propos.

** Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

a pyramid of norms, drawing on the work of Kelsen, or they embrace a more recent definition of the law as a social system, following in the steps of Luhmann. On the other hand, lawyers picture the legal system as an elaborate taxonomy composed of legal categories; the law is divided into branches, fields, subjects, and so on. Do lawyers, sociologists and legal philosophers stand so far apart that no common understanding can be reached of the structure of legal systems?

	<i>Pages</i>
1 La structure du système juridique	353
1.1 <i>La Théorie pure du droit</i> de Hans Kelsen.....	354
1.2 <i>Le droit de la société</i> de Niklas Luhmann.....	359
2 Les catégories, la classification et la qualification juridiques	368
Conclusion	377

Le présent texte a été préparé à l'occasion de la Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques tenue à l'Université Laval le 12 novembre 2010. Durant cette journée, plusieurs intervenants ont souligné le fossé qui sépare la philosophie et la sociologie du droit, d'une part, et la doctrine juridique, d'autre part. Nous avons fait le même constat lorsque nos recherches en méthodologie du droit nous ont suggéré l'idée d'interroger la philosophie et la sociologie pour enrichir notre compréhension de la systématité du droit. Nous espérons montrer dans le présent texte l'intérêt qu'il y aurait à entretenir des échanges plus soutenus entre les disciplines visées afin de parvenir à une meilleure connaissance partagée de la structure du droit ou du savoir juridique.

Le droit forme-t-il un système? La plupart des juristes le tiennent pour acquis et les expressions «système juridique» et «ordre juridique» sont couramment employées. Cette position semble également faire consensus chez les philosophes du droit¹. En menant des recherches sur les catégories,

1. Dans un numéro des *Archives de philosophie du droit* consacré à ce thème, aucun auteur ne renie la définition du droit comme système: *Archives de philosophie du droit*, 1986.31.1 et suiv. («Le système juridique» sous la direction de François Terré). Naturel-

la classification et la qualification juridiques, nous avons réalisé qu'elles s'appuient implicitement sur la présence d'un ordre ou d'un système². Nous avons voulu vérifier si cet ordre existait vraiment, concrètement ou en tant qu'idéal, et en quoi consistait la systémativité du droit. C'est pourquoi nous nous sommes tournée vers la philosophie et la sociologie, où nous avons trouvé des réflexions très intéressantes sur le système juridique. Pourtant, la *structure* de ce système y est peu ou pas explorée (1). Il appartient peut-être à la doctrine juridique de chercher, par ses propres moyens, à combler cette lacune. Par ailleurs, d'autres disciplines, telles que la taxonomie et la psychologie cognitive, peuvent être mises à contribution (2).

1 La structure du système juridique

Commençons par préciser ce que nous entendons par «système» : il s'agit d'un ensemble organisé d'éléments. Au lieu de l'épithète «organisé», nous trouvons parfois les adjectifs «ordonné», «structuré» ou «intégré» pour décrire la cohésion des éléments d'un système. L'une des caractéristiques du système est son *unité* : il doit être possible de différencier les éléments qui appartiennent au système et ceux qui n'en font pas partie. Suffirait-il alors, pour reconnaître un système, d'en définir tous les éléments ? Il est permis d'en douter : sans organisation, un ensemble d'éléments même identiques ou semblables ne peut pas être un système. Il

lement, cette apparente unanimité disparaît dès qu'il faut décrire le système dont il s'agit. Un auteur de ce numéro critique, dans un premier temps, la définition du droit comme système, considérant qu'il s'agit plutôt d'un ensemble ordonné : Christophe GRZEGORCZYK, «Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit», *Archives de philosophie du droit* 1986.31.281. Cet auteur précise que, pour qu'un ensemble forme un système, il faut une unité et une interdépendance de ses éléments. Il concède ce qui suit dans un second temps (*id.*, 300 et 301) :

[N]ous pensons qu'il est envisageable, au moins théoriquement, de voir cette instance spécifiquement ordonnatrice et homéostatique de l'organisation juridique, dans la *doctrine* du droit, c'est-à-dire dans l'ensemble de ses commentateurs, des «jurisprudents», à condition bien sûr que ce rôle leur soit reconnu au sein du système, comme il l'était par exemple au temps de jurisconsultes romains. De nos jours, la doctrine ne jouit qu'exceptionnellement et partiellement de cette reconnaissance, du moins sur le plan juridique formel, tout en étant chargée en permanence de renforcer les relations de cohérence permettant de considérer le droit comme système.

Voir aussi Jacques CHEVALLIER, «L'ordre juridique», dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *Le droit en procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 7.

2. Voir Jean GAUDEMET, «Tentatives de systématisation du droit à Rome», *Archives de philosophie du droit* 1986.31.11. Cet auteur distingue le souci d'ordonner et de classer, qui existe en droit romain depuis ses origines, et celui de systématiser et de construire, qui apparaît à partir de l'époque classique. Dans le présent texte, nous employons toutefois l'expression «ordre juridique» comme synonyme de «système juridique».

ressemble plutôt à un tas, tel un tas de briques. Disposons-les de manière ordonnée, comme pour former un édifice, et ces éléments ne constituent pas davantage un système³. Une autre caractéristique importante du système, en effet, est son caractère *dynamique* : le système n'est pas inerte ; il a la capacité de se transformer tout en conservant son unité et son identité propre⁴.

L'étude d'un système commence le plus souvent par l'analyse de ses éléments, dont il convient de révéler les caractéristiques et les fonctions. Il peut être très difficile d'isoler et de définir les éléments d'un système, et cette difficulté a donné du fil à retordre aux théoriciens du droit, comme nous le verrons. Pourtant, l'étude d'un système ne s'arrête pas là : il faut aussi rendre compte de sa structure, c'est-à-dire des relations qui existent entre les éléments du système. Il est possible et même probable qu'une définition des éléments du système ne suffira pas pour rendre compte de son unité : la structure du système contribuerait à la cohésion de l'ensemble. De même, il faut s'attendre que la définition des éléments du système ne suffise pas à en expliquer le caractère dynamique : la structure jouerait de nouveau un rôle important sur ce chapitre.

Nous espérons trouver chez les principaux théoriciens du système juridique des développements sur la structure du droit qui auraient pu alimenter nos propres réflexions sur les catégories juridiques et la classification. Or, *sous toutes réserves* (car nous avouons ne pas avoir parcouru toutes les œuvres de tous ces théoriciens), il semble y avoir une lacune dans leurs représentations du système juridique : ils ont omis de rendre compte de manière appropriée de sa structure. Pour mettre en évidence cette lacune, nous nous pencherons sur deux ouvrages, soit un de Hans Kelsen et l'autre de Niklas Luhmann, qui dominent la discussion sur la systématisme du droit.

1.1 La *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen

Dans l'ouvrage intitulé *Théorie pure du droit*, Kelsen se donne l'objectif suivant :

[D]ébarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers [...] il suffit de jeter un coup d'œil sur la science du droit traditionnelle, telle qu'elle s'est développée au cours des XIX^e et XX^e siècles, pour apercevoir clairement combien

3. Voir C. GRZEGORCZYK, préc., note 1.

4. Voir Louise ROLLAND, « Les aberrations chromatiques du système juridique ou tout ce qu'Adrian a toujours voulu savoir sur l'autopoïèse », dans GÉNÉROSA BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 681, à la page 685.

il s'en faut qu'elle satisfasse à ce postulat de "pureté". Sans aucun esprit critique, elle a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part⁵.

Voyons la façon dont Kelsen définit les éléments du système juridique, sa manière de rendre compte de l'unité de ce système et ses explications concernant son caractère dynamique.

Aux yeux de Kelsen, c'est la *norme* qui constitue l'élément de base de l'ordre juridique. Pour définir la norme, Kelsen procède en trois étapes. Dans un premier temps, il observe que la norme confère aux événements perceptibles par les sens le caractère d'« actes de droit » (tels qu'un contrat, un testament ou une loi) ou d'« actes contraires au droit » (tels qu'un meurtre ou un délit). Le droit impose sa qualification d'une situation de fait à travers une « interprétation normative » de celle-ci. La norme représente un « schéma d'interprétation » des faits extérieurs⁶. Elle permet d'évaluer des conduites passées.

Kelsen enchaîne, dans un deuxième temps, par une définition de la norme orientée cette fois vers l'avenir : la norme prescrit la conduite à tenir. Ce faisant, la norme énonce ce qui doit être (le *Sollen*), par opposition à ce qui est (le *Sein*)⁷. Plus précisément, la norme prend la forme d'un commandement, d'une permission ou d'un pouvoir.

En introduisant, dans un troisième temps, un autre élément dans l'analyse, à savoir la contrainte prenant la forme d'une sanction, Kelsen parvient à lier les définitions précédentes. La norme sanctionne la non-conformité du *Sein* (une situation ou une conduite donnée) avec le *Sollen* (ce qui est prescrit par la norme). Au final, c'est la sanction qui fait véritablement l'objet de la norme, la conduite interdite ou exigée n'étant que la condition d'imposition de celle-ci : « Ainsi, ce qui "doit être", ce n'est pas la conduite ordonnée mais bien la sanction. Dire qu'une conduite est ordonnée, c'est dire que le contraire de cette conduite est la condition qui fait que la sanction doit être réalisée⁸. » D'où la définition du droit comme un « ordre de contrainte⁹ ».

Puisque c'est la contrainte qui caractérise la norme juridique, que dire des nombreuses règles de droit qui ne font mention d'aucune sanction ? Ce sont, d'après Kelsen, des normes « non indépendantes » : elles sont

5. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 1 et 2.

6. *Id.*, p. 4-6.

7. *Id.*, p. 6-10.

8. *Id.*, p. 35.

9. *Id.*, p. 68-73 et 78.

«essentiellement liées» à une ou à plusieurs normes qui prévoient des sanctions¹⁰. Ainsi, les définitions de même que les règles de preuve et de procédure sont des normes non indépendantes qui conditionnent, sous un aspect ou un autre, l'imposition d'une sanction. La Constitution, qui fonde la validité des lois et le pouvoir des tribunaux, est également formée de normes non indépendantes :

Un exemple illustrera cette proposition ; considérons la situation qui se présente lorsque dans un ordre juridique, le vol est légalement défendu par une peine de prison. La condition de la peine ainsi instituée n'est nullement le seul fait qu'un individu a commis un délit. Il faut que le fait du délit soit établi, selon une procédure déterminée par les normes de l'ordre juridique, par le tribunal qui en reçoit pouvoir à cet effet, il faut qu'en suite de cette constatation, ce tribunal ordonne une peine déterminée par la loi ou par le droit coutumier, et il faut enfin qu'un autre organe exécute cette peine. Le tribunal n'a le pouvoir de prononcer une peine contre le voleur suivant une certaine procédure que lorsqu'une norme générale attachant au vol une certaine peine a été créée suivant une procédure conforme à la Constitution. La norme de la Constitution qui habilite à la création de cette norme générale détermine l'une des conditions auxquelles la sanction est attachée¹¹.

Pour réduire les divers aspects du droit à sa définition de la norme, Kelsen déconstruit plusieurs distinctions doctrinales classiques, par exemple celle des règles impératives, habilitantes et supplétives¹², celle entre la règle générale et le jugement qui l'applique¹³, celle des droits subjectifs et du droit objectif¹⁴, celle des droits réels et des droits personnels¹⁵. Kelsen va même jusqu'à dissoudre la notion juridique de personne, affirmant qu'elle n'est que la personnification d'un complexe de normes¹⁶. Soulignons que la «purification» qu'il fait subir à l'ordre juridique ne se contente pas d'en exclure les données non juridiques : plusieurs distinctions et nuances qui sont fondamentales pour la méthodologie du droit, particulièrement en droit privé, sont mises de côté.

En échange, la définition que Kelsen propose de la norme est tout à fait singulière. Chaque norme prévoit une sanction et contient en elle-même toutes les autres normes dont elle dépend pour son application (les normes dites «non indépendantes»). Comme l'a montré Joseph Raz, «Kelsen replaces the theory of the structure of a legal system by a theory

10. *Id.*, p. 74.

11. *Id.*, p. 76.

12. *Id.*, p. 20-22.

13. *Id.*, p. 27. Le jugement constitue lui aussi une norme, que Kelsen qualifie de norme individuelle, puisqu'elle s'applique à un seul cas (*id.*, p. 325-329).

14. *Id.*, p. 170-176. Le droit subjectif est en réalité constitué d'obligations imposées par le droit objectif, d'après Kelsen (*id.*, p. 253).

15. *Id.*, p. 176-179.

16. *Id.*, p. 253.

of the structure of single norms [...] Every norm is a self-contained and independent entity, standing in no necessary relation to any other norm. Hence it follows for Kelsen that the principle of independence of laws is accepted and dictates the absence of any necessary internal structure to legal systems¹⁷.»

À l'instar de Raz, nous croyons que le fait d'occulter la structure interne du système juridique en la dissimulant par une définition tentaculaire de la norme représente une lacune importante dans la théorie de Kelsen. D'après Raz, la structure des relations qui existent entre les règles de droit traduit certains principes d'énonciation de ces règles qui devraient intéresser une théorie du droit¹⁸. Prenons, par exemple, le principe de la non-répétition :

It may be thought that repetition, though perhaps inelegant, is not vitally important, for it causes no practical difficulties. After all, Kelsen does not suggest that law books should be rewritten in order to present every law in his canonical form, a task which would increase the size of law books a thousand times [...] The practical inconvenience can be avoided just because the inclusion of the repetitive provisions in many laws serves no useful purpose. It is precisely the acceptance of a theoretical concept of a law, yielding repetitive laws divorced from any real need or reason for repetition, which is objectionable¹⁹.

D'ailleurs, Kelsen lui-même met de côté la définition qu'il a donnée de la norme lorsqu'il aborde l'aspect dynamique du système juridique. Cet aspect de sa théorie représente sans doute sa contribution la plus importante à la philosophie du droit. Cette fois, Kelsen ne tente pas d'escamoter la structure du système. Il en offre plutôt une description qui a d'abord pour objet de fonder son unité sur un critère de validité de ses normes (ces dernières étant prises cette fois dans le sens ordinaire de règles ou de décisions) :

Un « ordre » est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, comme nous le verrons, une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre. Une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre²⁰.

Par la même occasion, la structure décrite par Kelsen permet de rendre compte du caractère dynamique du système, de sa capacité d'évoluer par

17. Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 114.

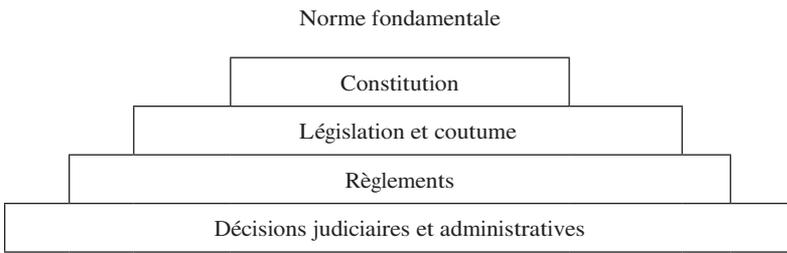
18. *Id.*, p. 142-146.

19. *Id.*, p. 142.

20. H. KELSEN, préc., note 5, p. 43 ; voir aussi la page 257.

l'adoption de nouvelles normes. Quelle est précisément cette structure ? Elle prend la forme d'une classification de toutes les normes du système sous forme de hiérarchie, dans laquelle les normes d'une catégorie supérieure fondent la validité des normes d'une catégorie inférieure, ainsi que l'illustre la figure 1. L'ordre juridique, précise Kelsen, « n'est pas un complexe de normes en vigueur les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures²¹ ».

Figure 1



La célèbre hiérarchie des normes mise en lumière par Kelsen permet de tracer les contours de l'ordre juridique et de vérifier la validité des normes qui le composent au regard des normes supérieures dont elles dépendent. Elle explique également que le système puisse évoluer par l'adoption de nouvelles normes. Cependant, les catégories de normes définies par Kelsen rendent compte de manière très incomplète des relations qui existent, au sein de l'ordre juridique, entre différents groupes de règles, comme le laissait entrevoir la discussion sur les normes non indépendantes. Les catégories de la hiérarchie des normes sont d'ailleurs beaucoup trop larges pour être utiles à l'étude ou à la pratique quotidienne du droit. Le plus souvent, et à moins d'être aux prises avec un problème de validité d'une norme juridique, les juristes ne se représentent pas la structure du droit de cette façon.

L'ordre juridique de Santi Romano contient les éléments d'une critique efficace de la *Théorie pure du droit* et d'une théorie différente du système juridique²². Romano démontre en effet que le droit ne saurait être réduit à un ensemble de normes. Il met en lumière le rôle crucial des acteurs du système juridique, ceux qui font et qui appliquent le droit²³. C'est en

21. *Id.*, p. 266. Plusieurs représentations de la pyramide des normes de Kelsen sont possibles, et ce, selon le système juridique envisagé.

22. Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., traduit par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 1975.

23. *Id.*, p. 10.

concevant l'ordre juridique comme une institution qu'il serait possible, selon lui, de rendre compte de son unité et de son dynamisme²⁴. Kelsen a plutôt choisi de définir le système juridique indépendamment de ses acteurs. Pourtant, leur présence se laisse aisément deviner derrière chacune des catégories de la hiérarchie des normes : le constituant, le législateur, l'Administration, les tribunaux... Comme le souligne Guy Rocher, Romano, dans sa théorie institutionnelle du droit, semble avoir sous-estimé l'importance des interprètes du droit, en particulier la doctrine²⁵. De même, la contribution de cette dernière est absente de la théorie de Kelsen, puisque la structure qu'il a choisi de représenter ne lui confère pratiquement aucun rôle²⁶.

1.2 *Le droit de la société* de Niklas Luhmann

Les recherches de Niklas Luhmann sur le système juridique semblent, de prime abord, assez prometteuses pour qui s'intéresse à sa structure. En effet, ces nouvelles recherches s'inspirent en partie de l'émergence dans les sciences de la nature, puis dans les sciences sociales, d'une théorie générale des systèmes²⁷. L'œuvre de Luhmann est d'une grande complexité, et

24. *Id.*, p. 17 et suiv. Il est question ici de l'institution au sens propre d'organisation et non au sens figuré de catégorie juridique.

25. Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 107.

26. H. KELSEN, préc., note 5, p. 462, est formel sur ce point. Ainsi, à la différence des tribunaux et des autorités administratives, la doctrine qui interprète le droit ne fait pas du droit :

L'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques. En tant que connaissance de son objet, elle ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu'elle a fait apparaître ; elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit.

27. La théorie générale des systèmes est apparue en réaction à la tendance analytique qui domine, depuis plusieurs siècles, dans presque tous les domaines du savoir. Le penchant intellectuel analytique consiste à découper l'objet d'étude en unités de plus en plus petites, pour en réduire la complexité, d'où la spécialisation toujours plus poussée des connaissances. La théorie des systèmes serait un antidote au courant analytique et favoriserait au contraire la recherche synthétique du savoir : Ervin LASZLO, *Introduction to Systems Philosophy. Toward a New Paradigm of Contemporary Thought*, New York, Gordon and Breach, 1972, p. 3-6. Dans les sciences naturelles, elle permettrait de rendre compte de la structure générale non seulement des êtres vivants, mais aussi des cellules, des molécules et même des atomes. Dans les sciences sociales, la théorie des systèmes permettrait de décrire la société et les sous-systèmes de la société que sont notamment l'économie, la politique et le droit (*id.*, p. 98 et suiv.). Le systémisme chez Luhmann emprunte aussi à la linguistique et à la cybernétique.

plusieurs ouvrages lui ont été consacrés, afin de la rendre plus accessible²⁸. Nous avons parcouru *Le droit de la société*²⁹ à la recherche principalement d'éclairages nouveaux sur la structure du droit. Si la notion de structure semble importante pour Luhmann, comme c'est le cas dans la théorie générale des systèmes, nous verrons que cette notion demeure peu développée dans sa théorie. Seules les normes juridiques, qu'il considère comme les principales structures du système, retiennent son attention.

Commençons par décrire deux aspects des opérations du système juridique qui apparaissent particulièrement importants et qui donnent un premier aperçu de l'originalité des thèses avancées par Luhmann. Le système juridique produit des décisions concernant la légalité ou l'illégalité de certains faits. La jurisprudence en est le meilleur exemple : Luhmann la situe d'ailleurs au cœur du système³⁰. Les décisions sont guidées par des normes juridiques, qui sont des programmes du système³¹. Les décisions induisent alors deux effets différents. D'une part, chaque décision tranche de manière définitive la question soumise dans le cas précis auquel elle s'applique³². D'autre part, la décision, en invoquant la norme, provoque un retour sur celle-ci (réflexivité). La mise en relation de la décision en cours avec d'autres décisions semblables et avec les programmes qui les guident implique une remise en cause continue des programmes du système à travers ses décisions, d'où sa capacité à apprendre et à évoluer³³. C'est ainsi que se (re)produisent les programmes du système que sont les normes. D'ailleurs, ces normes n'existent qu'en tant qu'elles sont utilisées dans des opérations du système, c'est-à-dire au moment de la prise de décision ou à l'occasion des communications qui concernent celle-ci³⁴. Les normes sont confirmées par la redondance, c'est-à-dire la répétition incessante d'opérations conformes qui tiennent leur validité pour acquise³⁵. Il arrive que certaines opérations fassent varier l'application d'une norme, ce qui peut conduire à une bifurcation de celle-ci ; certaines variations peuvent être

28. Voir Jean CLAM, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Paris, Presses universitaires de France, 1997. Luhmann a publié plus de 40 livres et de 400 articles, dont la plupart ne sont pas encore traduits de l'allemand : voir la bibliographie de J. CLAM, préc., aux pages 325 et suivantes.

29. Nous nous référons à cet ouvrage dans sa traduction anglaise : Niklas LUHMANN, *Law as a Social System*, traduit par Klaus A. ZIEGERT, Oxford, Oxford University Press, 2004.

30. *Id.*, p. 292-296.

31. *Id.*, p. 296.

32. *Id.*, p. 85 et 289.

33. *Id.*, p. 85 et 297.

34. *Id.*, p. 82, 83, 326 et 327.

35. *Id.*, p. 255 et 316-322. «From the viewpoint of coordination, redundancy is the 'invisible hand' of the system» (*id.*, p. 318).

amplifiées par une généralisation de la nouvelle norme dont l'application est étendue à des situations semblables³⁶. Un schéma identique est perceptible pour d'autres opérations du système. Il peut s'agir, par exemple, de l'adoption de lois ou d'actes juridiques. Des programmes (normes) guident ces opérations et sont à leur tour confirmés ou modifiés par elles.

Tandis que, pour Kelsen, le système juridique est constitué de normes, pour Luhmann, les éléments du système sont ses *opérations*, et celles-ci prennent la forme de *communications* (énoncés) à caractère juridique³⁷. Soulignons que les normes ne sont pas des opérations, mais des programmes du système. Nous verrons qu'elles sont en même temps les principales structures du système. L'utilisation d'une norme dans une communication fait de cette dernière une opération juridique qui rend possible la confirmation ou l'altération de la norme.

La définition du système comme un ensemble de communications juridiques lui donne une très grande ampleur, en comparaison de sa définition comme un ensemble de normes. Le droit n'est plus contrôlé exclusivement par le législateur ou les tribunaux ni même par les juristes : il émane de la société tout entière. Les communications juridiques apparaissent comme radicalement décentralisées. Elles sont de nature variée et leur nombre est illimité³⁸. Cette approche est séduisante, puisqu'elle est attentive à la manière dont tous les utilisateurs du droit se l'approprient et le retransmettent.

Il s'avère cependant que toutes les communications juridiques n'ont pas la même résonance au sein du système. En effet, Luhmann précise que, pour mieux répondre à sa fonction qui est de stabiliser les attentes normatives au sein de la société, le système juridique s'est différencié en sous-systèmes qui sont des systèmes organisés de prise de décisions juridiques. Le législateur et les tribunaux en sont les organes les plus représentatifs. Les membres de ces sous-systèmes s'obligent à respecter les normes « officielles » produites ou reconnues par eux. Cela rend le droit plus prévisible ; cependant, il peut arriver qu'un écart se creuse entre les décisions des sous-systèmes et les attentes normatives du public. Or, ces dernières tendent à être évincées, sauf dans des situations ou des sphères limitées. Nous retrouvons donc les figures familières de la norme légale et de la décision judiciaire, occupant une place de choix au sein du système décrit

36. *Id.*, p. 147 et 256.

37. *Id.*, p. 72-75.

38. *Id.*, p. 98 et 99. Ainsi, l'argumentation juridique fait partie des opérations du système. Elle contribue aux décisions du système sans être déterminante pour celles-ci (p. 305 et suiv. et 326).

par Luhmann. Le législateur et les tribunaux se voient reconnaître un rôle prépondérant dans la (re)production du droit³⁹.

Il est fondamental pour Luhmann de définir l'unité du système juridique, à savoir : ce qui permet au système de se différencier de son environnement et de maintenir une frontière étanche avec lui. L'environnement du droit est la société, un système plus large composé lui aussi de communications. Le système juridique est constitué des communications juridiques à l'exclusion de toutes les autres communications, qui ne relèvent pas de lui (mais dont il peut avoir connaissance et décider de tenir compte ou non). L'unité du système et la spécificité des communications juridiques sont définies par la combinaison de deux données : la fonction du système et son code⁴⁰. La fonction du système juridique est de stabiliser les attentes normatives en vue de réduire l'incertitude entourant la conduite future des individus⁴¹. Son code est l'attribution, dans les décisions du système, d'une valeur « légal » ou « illégal » à une conduite donnée⁴². Toutes les communications juridiques, éléments du système, se rapportent à une décision passée ou éventuelle concernant l'attribution de la valeur « légal » ou « illégal » à certains faits⁴³. Les normes, en tant que programmes du système, guident l'attribution de la valeur « légal » ou « illégal » par les conditions qu'elles énoncent. Luhmann insiste sur la rigidité du code, qui exclut tout compromis. Un acte ne peut être que légal ou illégal ; une personne ne peut être que responsable ou non ; dans un procès, il doit y avoir un gagnant et un perdant⁴⁴. Refusant la zone grise, le système juridique s'impose à lui-même de trancher. Cette idée nous paraît très féconde, et nous l'acceptons d'emblée. En revanche, nous voulons montrer que la thèse d'un code unique et binaire se révèle trop réductrice : d'une part, le système utilise deux codes et non un seul ; d'autre part, ces deux codes ne sont pas binaires, mais ils admettent une troisième valeur, que nous

39. *Id.*, p. 158-162 et 298-301.

40. *Id.*, p. 93.

41. *Id.*, p. 148-151.

42. *Id.*, p. 174-180.

43. *Id.*, p. 98 et 99 :

Only code-oriented communication belongs to the legal system proper, only such communication that assumes an attribution of the values 'legal' and 'illegal' ; for only a communication of this type looks for and assumes a recursive networking in the legal system ; only a communication of this type employs coding as a form for its autopoietic openness and as requirement for further communications in the legal system.

Voir aussi les pages 427 et 428.

44. *Id.*, p. 174, 175, 178-180, 186 et 187.

Nous croyons que la forme valide/non valide présente les caractéristiques d'un code au même titre que la forme légal/illégal et qu'il est nécessaire de reconnaître l'action complémentaire de ces deux formes, pour rendre compte de l'ensemble des décisions du système. En effet, à chacune de ces formes correspond un type de norme et un type de sanction. Ainsi, le droit sanctionne (approuve) l'acte, la norme ou le droit valides en leur faisant produire des effets juridiques (sanction substantielle), tandis qu'il sanctionne (réprouve) la situation illégale en imposant une sanction négative (sanction de réaction)⁴⁸. Luhmann semble considérer que, l'acte non valide étant dépourvu de pertinence juridique, l'opposition valide/non valide n'agit pas comme un code⁴⁹. Seul le pendant « valide » de la forme joue un rôle utile⁵⁰. Il est exact d'affirmer que le droit attribue surtout des effets aux actes valides et qu'il néglige, pour une large part, les actes non valides ; mais il en va de même pour les faits légaux : le droit s'en désintéresse, pour une large part, et cible ses interventions contre les faits illégaux. D'aucuns pourraient vouloir situer l'application de la forme valide/non valide en amont de l'application du code légal/illégal ou dans une relation de dépendance par rapport à lui, mais il ne pourrait s'agir que d'un artifice. Il est d'ailleurs impossible de distinguer *a priori* le type de situation à laquelle il conviendra d'appliquer le code valide/non valide et le type de situation à laquelle il conviendra d'appliquer le code légal/illégal. Ce sont les normes et leurs sanctions qui, pour des raisons de technique juridique, empruntent l'un ou l'autre code⁵¹. Il arrive fréquemment qu'une situation soit visée par des règles employant cumulativement les deux codes, dont les effets se complètent. Par exemple, un contrat peut être à la fois non valide et, par conséquent, dépourvu de sanction substantielle et illégal, ce qui entraîne l'application de sanctions de réaction contre une partie contractante ou les deux parties. Un droit de propriété peut être reconnu comme valide au bénéfice du propriétaire, et sa violation être sanctionnée, en tant

48. Sur les notions de sanction substantielle et de sanction de réaction, voir : Géraud DE LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullités (du droit interne français au droit international privé)*, coll. « Bibliothèque de droit international privé », Paris, Dalloz, 1967, nos 5-22, p. 4-15 et n° 42, p. 32 et 33 ; Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 69, p. 43 et 44.

49. N. LUHMANN, préc., note 29, p. 128.

50. La validité est ensuite définie par Luhmann comme un « symbole » qui s'attache aux programmes et aux opérations conformes du système (*id.*, p. 128-131).

51. Les normes habilitantes, en définissant ce qui produit des effets juridiques (intérieur de la forme) et en laissant indéterminé ce qui n'en produit pas (extérieur de la forme), emploient le code valide/non valide. Les normes prohibitives, en définissant ce qui est interdit (intérieur de la forme) et en laissant indéterminé ce qui est permis (extérieur de la forme), emploient le code légal/illégal.

qu'acte illicite, par l'imposition d'une sanction de réaction au responsable de l'atteinte.

Nous venons de montrer que les normes juridiques, en tant que programmes, disposent de l'application de deux codes. Ajoutons que ces codes ne sont pas strictement binaires, puisque de nombreuses situations factuelles s'avèrent *indifférentes* à l'application du code valide/non valide ou à celle du code légal/illégal. Luhmann, qui s'oppose à toute idée qu'il puisse exister une troisième valeur du code légal/illégal, semble bien considérer que l'application de ce code divise le monde en deux⁵². Le droit définit ce qui est illégal (l'intérieur de la forme), et tout ce qui ne l'est pas est légal (l'extérieur de la forme). De même, nous pourrions dire que le droit définit ce qui est valide (l'intérieur de la forme) et que tout ce qui ne l'est pas est non valide (l'extérieur de la forme). Les situations indifférentes pour le droit seraient donc codées par celui-ci : « légales » et « non valides ». Nous nous opposons à cette solution pour les trois raisons suivantes :

- 1) Cela voudrait dire que le droit s'applique à toute situation factuelle quelle qu'elle soit, alors que nous croyons que le droit a un champ d'application limité. Pour prendre un exemple tout à fait banal, nous considérons que l'action de se brosser les dents se situe à l'extérieur du champ juridique ;
- 2) Cela voudrait dire que le système ne pourrait décider qu'une situation n'est pas illégale sans appliquer à cette situation toutes les normes du système qui définissent des situations illégales, alors que, à notre avis, c'est par une connaissance générale du champ d'application du droit dans un système juridique donné qu'un observateur du système est en mesure d'affirmer, *sans appliquer les normes du système*, qu'un grand nombre d'actes anodins ne sont pas illégaux. Par exemple, il est possible d'affirmer que l'action de se brosser les dents n'est pas illégale sans lui avoir appliqué toutes les normes du système ;
- 3) Cela voudrait dire que les décideurs appliquent toujours les normes afin d'attribuer la valeur « légal » ou « illégal » à une situation factuelle donnée, alors qu'en réalité les décideurs ont parfois recours à un autre type de justification, à savoir : les faits allégués ne suscitent pas l'application des normes invoquées ou ces dernières sont *inapplicables*

52. N. LUHMANN, préc., note 29, p. 183, 189 et 427.

en l'espèce⁵³. Ce type de justification est distinct de celui qui découle de l'interprétation et de l'application des normes. Il s'agit néanmoins d'une justification valable pour rejeter la prétention qu'un acte illégal a été commis, et une théorie du droit devrait en tenir compte.

Il va sans dire que la frontière est floue entre les situations factuelles indifférentes et celles qui sont légales ou non valides⁵⁴. Il serait impossible de représenter cette distinction au moyen d'une forme binaire telle que pertinent/indifférent pour le droit. Plus une situation factuelle est éloignée des situations typiques qui suscitent l'application d'un régime juridique donné, plus elle est susceptible d'être décrite d'emblée comme indifférente. Plus une situation factuelle se rapproche d'une catégorie d'actes valides ou de faits illégaux, plus le décideur est susceptible d'appliquer les règles relatives à cette catégorie afin de déterminer si l'acte est valide ou non, légal ou non. Luhmann lui-même observe : « Legality, for instance, is more closely related to illegality than, say, to love⁵⁵. » C'est donc la *ressemblance* d'une situation factuelle avec un type de situation régi par le droit qui déclenche l'application des normes correspondantes. Ces remarques démontrent, selon nous, l'importance théorique de la qualification, qui intervient dans la décision juridique en tant que processus distinct de l'application des normes. Elles laissent entrevoir également la possibilité d'une délimitation matérielle du champ juridique par une connaissance générale de l'assise factuelle des régimes juridiques existant au sein d'un système donné.

Il nous reste à dire quelques mots à propos de la structure du système juridique dans l'œuvre de Luhmann. Malheureusement, ce dernier demeure vague quant au sens qu'il attribue à la notion de structure : « Structures are necessary for the highly selective interlacing of operations⁵⁶ » ou « for linking communicative events⁵⁷ ». C'est aux normes que Luhmann attribue le plus clairement une fonction structurante, par exemple dans le passage suivant :

This process of the production of structures is designed in a circular fashion because the operations require structures in order to define themselves by refer-

53. Une telle réponse ne représente pas un déni de justice, car la déclaration que le droit ne s'applique pas constitue une raison juridique valable au soutien du rejet de l'action. La prohibition du déni de justice tient une place importante dans la théorie de Luhmann, car elle traduit le fait que le système doit produire des décisions sur demande en attribuant les valeurs « légal » ou « illégal » aux faits en litige (*id.*, p. 292-294).

54. Comme le précise Luhmann, aucune matière n'est par essence indifférente pour le droit (*id.*, p. 273) : « It is now a matter for the legal system itself to decide which matters are legally regulated and which are not, and which types of regulation are appropriate. »

55. *Id.*, p. 187.

56. *Id.*, p. 78.

57. *Id.*, p. 82.

ring recursively to other operations. The performance of autopoiesis is not only the production of one operation by another operation but also, and even more so, the condensation and confirmation of structures through operations which are oriented by those structures. It is in this sense that we shall define the legal system also as a system with a (self-) determined structure⁵⁸.

Luhmann ne tente pas de mettre en lumière des structures plus générales que les normes et qui permettraient d'éclairer, par exemple, la combinaison ou l'enchaînement de plusieurs normes dans une opération. Il consacre quelques belles pages à l'importance des concepts juridiques, mais il leur accorde finalement une place réduite au sein de sa théorie⁵⁹. Luhmann aborde également la contribution de la doctrine à la stabilisation du système juridique à travers ses efforts de systématisation⁶⁰, mais il semble la considérer comme un phénomène du passé: de nos jours, l'évolution du droit est menée par la législation, de plus en plus éphémère et variable⁶¹. Enfin, Luhmann rejette l'idée que la classification des règles juridiques puisse jouer un rôle en tant que structure: «we do not use 'system' like some lawyers who mean by it a context of coordinated rules⁶²».

Nous espérons trouver, dans les œuvres de Kelsen et de Luhmann que nous avons étudiées, des développements significatifs concernant la structure du système juridique, un aspect que nous nous attendions à voir traiter dans une démonstration de la systématisme du droit. Or, ces deux œuvres offrent une présentation réductrice de la structure du système. Kelsen reconnaît une seule relation parmi toutes celles qui unissent les règles juridiques: la relation de validité. Quant à Luhmann, son examen de la structure du système juridique ne s'élève guère au-dessus du niveau de la norme. Ces deux auteurs sont conscients de l'importance de la qualification juridique⁶³, mais ils négligent cet aspect en centrant leur analyse

58. *Id.*, p. 85.

59. *Id.*, p. 340-343. Luhmann les décrit d'abord comme des artefacts, puis comme des outils et, enfin, comme des blocs de construction, mais il ne semble pas leur reconnaître le rôle de structures.

60. *Id.*, p. 257: «Only through complex legal dogmatics can the stabilization and restabilization of law be shifted from the simple (and most of the time religiously justified) validity of assigned norms to their *consistency*. Dogmatics guarantees that the legal system approves itself in its change as a *system*. That is why this dogmatic approach was called the 'systematic method'.»

61. *Id.*, p. 261, 262 et 269.

62. *Id.*, p. 78.

63. Voir la définition de la norme comme «schéma d'interprétation» chez H. KELSEN, *supra*, note 6 et le texte correspondant. Voir N. LUHMANN, *préc.*, note 29, p. 145, 183, 209, 210 et 273, qui reconnaît que tous les faits ne sont pas pertinents pour le droit; le droit sélectionne ceux qui le sont pour l'application de ses normes: «A 'fact' here is a construction of the system» (*id.*, p. 183).

sur une conception abstraite de la norme, détachée de son assise factuelle. Après tout, la méthodologie du droit et la doctrine juridique pourraient-elles apporter une contribution à la théorie du système juridique ? Pourraient-elles, à tout le moins, fournir à la théorie du droit les matières premières dont cette dernière aurait besoin pour mieux rendre compte de sa structure ?

2 Les catégories, la classification et la qualification juridiques

À la différence de la philosophie ou de la sociologie, la doctrine a une connaissance intime du fonctionnement du système juridique. Or, l'absence d'un questionnement rigoureux sur l'épistémologie du droit lui est souvent reprochée, avec raison nous semble-t-il⁶⁴. Nous présenterons ici quelques réflexions sur les catégories, la classification et la qualification juridiques. Aux lecteurs de juger si elles peuvent contribuer à une meilleure connaissance de la structure du système juridique.

Tout d'abord, il faut définir avec précision la catégorie juridique. Elle regroupe deux ensembles qui se superposent, et qu'elle met en relation : un ensemble de situations factuelles, d'une part, et un ensemble de règles de droit qui forment un régime juridique, d'autre part⁶⁵. La catégorie juridique est l'interface entre ces deux ensembles qui la constituent⁶⁶. Elle est considérée par les juristes tantôt dans sa dimension factuelle (le type de

64. Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, n° 21, p. 46 :

L'absence de toute « crise » dans la science du droit a permis aux juristes de continuer à la pratiquer sans se demander ce qu'elle était, quelle était sa mission, quelle était son influence et quelles devraient être ses méthodes. Le besoin de la réflexion épistémologique ne s'est pas fait sentir. Peut-être la prolifération des lois et l'augmentation considérable du nombre des décisions de justice, le développement de l'informatique juridique et la diversité de ses utilisations concevables, seront-ils les événements générateurs d'une « crise » ; peut-être feront-ils apparaître qu'il ne sera pas toujours possible de se livrer à des recherches en science du droit, sans savoir précisément ce qu'est la science du droit, ce qu'elle cherche et comment elle doit le chercher.

65. Voir : Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2003, n° 180, p. 209 et 210 ; Rémy CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1997, n° 31, p. 27 ; François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3 « Élaboration technique du droit positif », Paris, Sirey, 1921, n° 213, p. 166-174 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, Paris, Presses universitaires de France, 2004, n° 4, p. 11-13 ; Geoffrey SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 173 ; Jay M. FEINMAN, « The Jurisprudence of Classification », (1988-89) 41 *Stan. L. Rev.* 661, 664 ; Karl LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, p. 95-97 ; John H. FARRAR, *Introduction to Legal Method*, Londres, Sweet & Maxwell, 1977, p. 42-44.

66. Voir Patrick NEHROT, « Le fait du droit », *Archives de philosophie du droit* 1986.31.261, 267 et suiv.

situation factuelle dont il est question), tantôt dans sa dimension juridique (le régime juridique rattaché à la catégorie).

La catégorie juridique est intimement liée à la qualification. Cette dernière a précisément pour objet de déterminer le régime juridique qui s'applique à une situation factuelle donnée. Il s'agit de rattacher la situation factuelle à une catégorie de manière à susciter l'application du régime correspondant⁶⁷. Voici un exemple : Marguerite a acheté une maison dont les fondations sont fissurées (situation factuelle). Il s'agit d'une vente (qualification juridique). Nous appliquons donc le régime juridique de la vente pour déterminer si Marguerite dispose d'un recours contre son vendeur. La catégorie juridique pertinente est celle de la vente.

Il est important de noter que les catégories de choses, de personnes ou d'événements ne constituent pas forcément des catégories juridiques, même si elles sont définies ou employées par le droit⁶⁸. Un véhicule, par exemple, n'est pas une catégorie juridique, car il n'existe pas de régime juridique propre aux véhicules. La même remarque vaut pour les concepts juridiques : ils représentent des catégories juridiques seulement dans la mesure où ils désignent un ensemble de règles associé à un ensemble de situations factuelles. Par exemple, la faute n'est pas une catégorie juridique, alors que la responsabilité civile en est une.

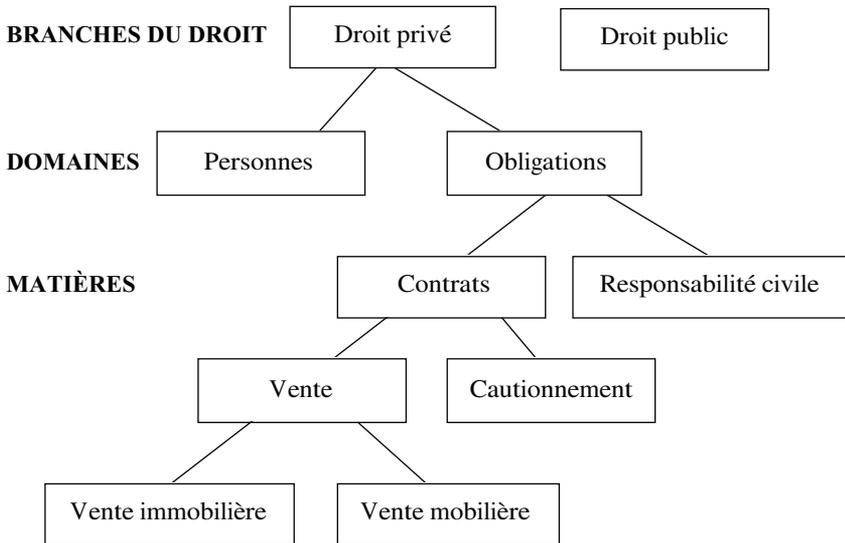
67. Pour Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., par Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 56, p. 77, la qualification consiste à « rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative [...] afin de lui appliquer son régime ». Suivant J.-L. BERGEL, préc., note 65, n° 189, p. 219, « [le] rattachement d'une situation juridique à une catégorie a pour effet de la soumettre aux règles de droit qui régissent celle-ci ». Voir aussi : Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2007, p. 747, s.v. « Qualification » ; Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1951, p. 15-17 ; Philippe JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits. Revue française de théorie juridique* 1993.18.45.

68. Oliver Wendell HOLMES, « The Path of the Law », *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, p. 167, à la page 196 :

There is a story of a Vermont justice of the peace before whom a suit was brought by one farmer against another for breaking a churn. The justice took time to consider, and then said that he had looked through the statutes and could find nothing about churns, and gave judgment for the defendant. The same state of mind is shown in all our common digests and text-books. Applications of rudimentary rules of contract or tort are tucked away under the head of Railroads or Telegraphs or go to swell treatises on historical subdivisions, such as Shipping or Equity, or are gathered under an arbitrary title which is thought likely to appeal to the practical mind, such as Mercantile Law. If a man goes into law it pays to be a master of it, and to be a master of it means to look straight through all the dramatic incidents and to discern the true basis for prophecy.

Les catégories juridiques sont généralement classifiées suivant un mode hiérarchique dans lequel des catégories plus générales regroupent plusieurs catégories plus spécifiques⁶⁹. De manière classique, cette hiérarchie se présente sous la forme d'une arborescence⁷⁰ comme celle de la figure 3 (il s'agit bien sûr d'une représentation très fragmentaire des catégories de l'ordre juridique).

Figure 3



Il existe en droit bon nombre de classifications différentes et il arrive couramment que la même situation factuelle puisse s'insérer dans plusieurs catégories à la fois, chacune de ces catégories relevant de classifications distinctes. Par exemple, la même situation factuelle peut être qualifiée à la fois de vente et de contrat de consommation, tout en se rattachant également à la notion d'obligation solidaire et en donnant ouverture à

69. Voir J.-L. BERGEL, préc., note 65, n^{os} 200 et 201, p. 227 et 228.

70. Une autre représentation possible de la structure du droit s'inspire de la cartographie ; voir William BLACKSTONE, *Blackstone's Commentaries*, New York, Augustus M. Kelley, 1969, vol. 1, p. 34 et 35 [p. 35 dans l'édition originale de 1765] : « an academical expounder of the laws should [...] consider his course as a general map of the law, marking out the shape of the country, its connexions and boundaries, its greater divisions and principal cities ».

la prescription extinctive⁷¹. Il existe également des passerelles entre les catégories de différentes classifications, dont les régimes juridiques se complètent. Par exemple, les catégories de droit substantiel sont liées à des catégories qui concernent les recours, les règles de preuve ou encore la procédure⁷².

L'une des fonctions importantes des catégories juridiques est de faciliter le repérage du savoir juridique⁷³. Pour résoudre un problème juridique donné, il faut d'abord le qualifier. À travers l'opération de qualification, le juriste accède au régime juridique pertinent et à toute l'information qui s'y rapporte. En se déplaçant au sein de la classification vers d'autres catégories liées à la première, le juriste dispose de nouvelles informations lui permettant de compléter son analyse. À bien y penser, ce ne sont pas que les normes qui sont structurées par les catégories juridiques. C'est tout le savoir juridique qui s'y trouve représenté. La définition que nous donnions au départ se révèle donc réductrice. Nous disions que la catégorie comportait, sous un aspect, des situations factuelles et, sous un autre aspect, des *règles juridiques*. En réalité, la catégorie donne accès à des éléments d'information beaucoup plus riches et variés, comme des données historiques, des principes philosophiques, des éléments de contexte social, des fragments de culture juridique, y compris des éclairages en provenance du droit comparé et du droit international : bref, tout ce que les juristes sont susceptibles de trouver pertinent s'ils ont à résoudre un problème lié à la catégorie. Ces informations éclairent la définition des situations factuelles de la catégorie et la mise en œuvre du régime juridique correspondant. Elles existent en rapport étroit avec les règles qu'il s'agit d'appliquer et elles peuvent s'avérer déterminantes pour la résolution d'une question juridique. La structure du droit révélée par l'observation de ses catégories s'avère

71. C'est la question posée, l'enjeu de la consultation ou du litige, qui dirige le juriste vers la classification pertinente afin de susciter l'application du régime juridique approprié. Voir : J.-L. BERGEL, préc., note 65, n^{os} 200 et suiv., p. 227 et suiv. ; G. SAMUEL, préc., note 65, p. 219 et 251 et suiv. Voir aussi Stephen WADDAMS, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 230 et 231 ; Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit* 1966.11.25, 38 (n^o 17).

Les affaires suivantes illustrent bien comment la qualification retenue oriente la solution du litige : *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801 ; *Turgeon c. Germain Pelletier Ltée*, [2001] R.J.Q. 291 (C.A.).

72. Il est ici question des relations entre groupes de règles auxquelles faisait référence Kelsen dans sa discussion des normes non indépendantes : voir *supra*, section 1.1.

73. Comme le mentionne N. LUHMANN, préc., note 29, p. 306, « [f]inding the relevant texts in decision-making requires professional competence and thus it represents a crucial (and frequently overlooked) instance of legal skill ».

donc très ouverte, beaucoup plus en tout cas que sa définition comme un système de normes⁷⁴. Cela peut-il expliquer en partie le peu d'intérêt que porte la doctrine à la théorie du droit⁷⁵ ?

Une autre observation concerne la portée normative de la classification elle-même. Cette dernière n'est pas neutre. Ainsi, le droit évolue souvent par la découverte ou la création d'une nouvelle catégorie juridique, la redéfinition des catégories existantes ou la modification de leur classification. Cela permet de relier un ensemble de règles éparses en les associant à un fondement commun, ce qui leur donne une orientation nouvelle. Le développement du droit de la consommation ou celui du droit de l'environnement en sont de bons exemples. Ces catégories ont donné une orientation nouvelle aux règles classiques du contrat ou de la responsabilité civile qu'elles permettent de voir sous un jour différent. Par exemple, l'affaire *Ciment du St-Laurent* aurait-elle été décidée de la même manière par la Cour suprême du Canada si, tout en relevant de la responsabilité civile et du droit des biens, elle n'avait pas fait partie en même temps du droit de l'environnement⁷⁶ ?

Il est intéressant, à cet égard, de se demander si certaines classifications non juridiques ont néanmoins un effet normatif. Les classifications juridiques sont établies par la loi, la jurisprudence et la doctrine. Qu'en est-il des classifications retenues par les bibliothèques ou les banques de données ?

74. Il nous semble à première vue qu'une définition ouverte de la catégorie juridique n'est pas nécessairement incompatible avec la possibilité de maintenir une distinction entre le « droit » et le « non-droit » ou entre le « normatif » et le « cognitif ». Cette distinction est fondamentale tant pour Kelsen que pour Luhmann. Ce dernier postule la clôture normative du système juridique et son ouverture cognitive à l'environnement social (N. LUHMANN, préc., note 29, p. 172-174). Voir aussi la distinction entre norme juridique et connaissance juridique chez H. KELSEN, préc., note 5, p. 96-103. Comme l'évoque G. ROCHER, préc., note 25, 93 et 94, les juristes n'ont généralement pas de difficulté, dans leur pratique quotidienne, à distinguer les règles de droit des autres éléments dont ils tiennent compte également lorsqu'ils se forment une opinion en droit ou sur le droit ; par ailleurs, ils n'éprouvent pas, le plus souvent, de difficulté particulière à distinguer le droit des autres systèmes normatifs en présence. Des conflits de cette nature surgissent à l'occasion, bien sûr, mais ils ne constituent pas une préoccupation constante pour les juristes, comme c'est le cas pour les philosophes ou les sociologues du droit.

75. Les auteurs de doctrine passent souvent pour des « positivistes ». Cette description est inexacte. Les observations de Kelsen à propos de la « science du droit traditionnelle », qui « a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part » tracent un portrait plus fidèle, valable encore aujourd'hui (voir *supra*, note 5 et le texte correspondant). Quant à savoir si Kelsen a raison de reprocher aux juristes à la fois leur ouverture cognitive et le peu de rigueur dont ils font preuve en se référant aux autres sciences, le débat est toujours ouvert.

76. *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 80, 2008 CSC 64.

Ne tendent-elles pas à influencer sur l'interprétation et le développement du droit par les résultats de recherche qu'elles permettent d'obtenir⁷⁷ ? Qu'en est-il des champs de pratique professionnelle, comme le droit immobilier ou le droit du sport ? La spécialisation et le système de valeurs qui finit par être associé à un champ de pratique n'ont-ils pas une influence sur la sélection et l'interprétation des règles juridiques invoquées par les praticiens au soutien de la position de leurs clients, ce qui se répercute ensuite sur les jugements des tribunaux ?

Toujours dans la même veine, il peut être intéressant d'observer que la classification hiérarchique (arborescence) se développe suivant l'un des deux modèles suivants⁷⁸. Le premier modèle, qui pourrait être qualifié de « typologique », tient compte des caractéristiques des objets à classer ainsi que des rapprochements et des différences qu'il est possible d'observer entre eux, tandis que le second modèle, qui pourrait être qualifié de « généalogique », classe les mêmes objets en rendant compte de leur origine, de manière à mettre en lumière la provenance commune de plusieurs objets et leur diversification progressive dans le temps. En droit, l'approche typologique est celle qui se dégage naturellement de la loi et qui tend à être privilégiée par les juristes dans la tradition civiliste. L'approche généalogique est celle qui se dégage plus volontiers de la jurisprudence et qui tend à s'imposer dans la tradition de common law. Même alors, les juristes des deux traditions empruntent alternativement ou simultanément à ces deux modèles⁷⁹. Le choix du modèle n'est pas sans importance. La structure généalogique met en relief l'origine et le développement historique des règles certes, mais elle nuit à la mise en cohérence et à la présentation synthétique des régimes juridiques. C'est pourquoi, dans le droit de tradition anglaise, les règles et les recours sont encore différenciés suivant qu'ils proviennent de la common law ou de l'Equity, même s'ils se rapportent à une matière identique, par exemple l'inexécution d'un contrat.

77. Dans ce sens : Louise LANGEVIN, « Les grands arrêts sur les droits des femmes : projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52 *C. de D.* 551.

78. À propos de la classification en droit et des analogies possibles avec la taxonomie dans les sciences naturelles, voir : Michelle CUMYN, « La classification des catégories juridiques en droit comparé. Métaphores taxonomiques » (2008) *R. du N.* 1 (err.) (numéro spécial « La sécurité juridique ») ; Peter BIRKS (dir.), *The Classification of Obligations*, Oxford, Clarendon Press, 1997 ; Peter BIRKS, « Equity in the Modern Law : An Exercise in Taxonomy », (1996) 26 *U.W.A. L. Rev.* 1 ; Geoffrey SAMUEL, « Can Gaius Really Be Compared to Darwin ? », (2000) 49 *I.C.L.Q.* 297.

79. Voir J.M. FEINMAN, préc., note 65, 677-681. Comme en taxonomie, les deux modèles peuvent être en partie combinés, car ils produisent des résultats souvent compatibles. Ainsi, l'origine commune de deux catégories juridiques qui se sont détachées à une certaine époque d'une même institution fait en sorte qu'elles ont certains traits communs.

Les tribunaux de common law et d'Equity ont beau avoir été fusionnés au XIX^e siècle, la structure généalogique de ce droit résiste à une réorganisation synthétique de ses catégories. C'est comme si le droit civil était encore aujourd'hui divisé en règles d'origine romaine et en règles d'origine coutumière, malgré la synthèse de ces sources opérées par les codifications du XIX^e siècle. Cette synthèse a permis au droit civil de gagner en cohérence, mais, en contrepartie, ce droit manque cruellement de perspective historique⁸⁰.

Voici un dernier élément permettant d'illustrer l'intérêt que peut revêtir une étude attentive des catégories juridiques et de leur classification. Il existe une littérature très intéressante en sciences cognitives sur les catégories⁸¹. Des expériences en psychologie cognitive tendent à démontrer que, dans une classification hiérarchique, les catégories ne jouent pas le même rôle aux différents niveaux de la classification. Ainsi, certaines catégories auraient un rôle particulièrement important : elles ont été nommées «catégories de base» (*basic-level categories*). D'après les recherches en

80. Robert LECKEY, «Territoriality in Canadian Administrative Law», (2004) 54 *U.T.L.J.* 327, 336 et 337, a très bien décrit la tendance des auteurs québécois, sous l'influence de la culture civiliste et de sa tradition de droit codifié, à privilégier une classification typologique des principes de common law en matière de droit public, qui sont principalement d'origine jurisprudentielle. Pour un juriste formé dans la tradition anglaise, cette démarche est étonnante, et elle représente même une dénaturation de ce droit, dont elle masque des aspects essentiels :

Material is organized through a hyper-rational, symmetrical, classically French "plan" [...] A series of cases that an anglophone writer would typically treat discursively tends, in at least a certain kind of French writing, to emerge as a set of numbered propositions or rules. These rules typically create new categories and generate their own classification exercise [...] The classical French drive to organize and define can impose upon English administrative law what may be a false sense of precision – the common law is less orderly than it is made to appear. The distillation of cases into numbered propositions can seem, at least for the common lawyer, a strangely acontextual exercise. There is little room to discuss how each rule, if it can even be called such, emerged from its particular web of facts. Often the propositions are presented as coexisting simultaneously, rather than having developed one from another.

81. Voir : Eleanor ROSCH et Barbara B. LLOYD (dir.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, Lawrence Erlbaum Associates, 1978 ; Edward E. SMITH et Douglas L. MEDIN, *Categories and Concepts*, Cambridge, Harvard University Press, 1981 ; George LAKOFF, *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal About the Mind*, Chicago, Chicago University Press, 1987 ; Brent BERLIN, *Ethnobiological Classification. Principles of Categorization of Plants and Animals in Traditional Societies*, Princeton, Princeton University Press, 1992 ; Steven L. WINTER, *A Clearing in the Forest. Law, Life, and Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 2001. La source d'inspiration et le point de départ de ces recherches sont l'œuvre de Ludwig WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, traduit par Françoise DASTUR, Paris, Gallimard, 2004 [1^{re} éd. : 1953].

sciences cognitives, les catégories de base possèdent les caractéristiques suivantes :

- 1) l'identification d'un objet à une catégorie (*naming*) s'y fait plus rapidement qu'aux autres niveaux de la classification⁸² ;
- 2) ce sont les catégories les plus utilisées dans les communications à propos d'un objet⁸³ ;
- 3) les catégories de ce niveau sont plus riches en informations à propos des objets de la catégorie⁸⁴ ;
- 4) ces catégories sont apprises avant les autres et sont les plus faciles à mémoriser⁸⁵ ;
- 5) les noms de ces catégories tendent à être relativement courts⁸⁶.

Les catégories de base sont habituellement des catégories de niveau intermédiaire : ni les plus générales ni les plus spécifiques. Les catégories de ce niveau seraient privilégiées parce qu'elles atteignent un certain équilibre entre l'*homogénéité* de chaque catégorie (les objets de la catégorie sont, dans une large mesure, semblables ou équivalents) et la *discontinuité* entre les catégories de même niveau qui s'excluent mutuellement (les objets d'une catégorie sont, dans une large mesure, dissemblables ou non équivalents par rapport aux objets des autres catégories du même niveau). En effet, les niveaux les plus généraux d'une classification sont normalement ceux qui présentent le plus grand degré de discontinuité entre ses catégories et le moins d'homogénéité en leur sein, tandis que les niveaux les plus spécifiques sont ceux qui offrent le plus grand degré d'homogénéité au sein de ses catégories, mais le moins de discontinuité entre elles. En outre, les fonctions des objets d'une catégorie, ou encore la manière dont il est possible d'interagir avec ces objets, constituent souvent une motivation importante dans la création et l'utilisation de catégories. Ces fonctions font partie des facteurs d'homogénéité et de discontinuité qui expliqueraient la

82. Eleanor ROSCH et autres, « Basic Objects in Natural Categories », *Cognitive Psychology*, vol. 8, n° 3, juillet 1976, p. 382 ; Timothy T. ROGERS et Karalyn PATTERSON, « Object Categorization : Reversals and Explanations of the Basic-Level Advantage », *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 136, n° 3, août 2007, p. 451.

83. E. ROSCH et autres, préc., note 82.

84. *Id.* ; Barbara TVERSKY et Kathleen HEMENWAY, « Objects, Parts, and Categories », *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 113, n° 2, juin 1984, p. 169.

85. Marjorie S. HORTON et Ellen M. MARKMAN, « Developmental Differences in the Acquisition of Basic and Superordinate Categories », *Child Development*, vol. 51, n° 3, septembre 1980, p. 708.

86. E. ROSCH et autres, préc., note 82 ; Roger BROWN, « How Shall a Thing Be Called ? », *Psychological Review*, vol. 65, n° 1, janvier 1958, p. 14.

primauté des catégories de base au sein d'une classification⁸⁷. L'exemple le plus souvent cité dans la littérature est celui des catégories « chaise » et « table », qui sont des catégories de base appartenant à une classification dont une catégorie plus générale est celle de « meuble ». Les expériences en psychologie cognitive montrent que des catégories comme « chaise » et « table » possèdent les caractéristiques que nous venons d'exposer.

Quelles sont les catégories de base en droit ? Il faudrait le vérifier empiriquement, comme cela a été fait pour les catégories d'objets et d'événements de la vie courante en sciences cognitives. Nous croyons qu'il s'agit vraisemblablement de catégories telles que : le meurtre, la propriété, la vente, le brevet, la liberté de religion ou le génocide. Les catégories plus générales de crimes, de biens, de contrats, de propriété intellectuelle, de droits et libertés de la personne ainsi que de crimes internationaux, même si elles ont un statut privilégié dans l'enseignement du droit et dans la rédaction d'ouvrages de doctrine, ne sont vraisemblablement pas des catégories de base. Comme la catégorie « meuble », elles ont un caractère abstrait et composite. À l'opposé, les catégories plus spécifiques de meurtre au premier degré, de copropriété, de vente de consommation, de brevet pharmaceutique, d'accommodement raisonnable et de responsabilité du supérieur hiérarchique se situent vraisemblablement sous le niveau de base des classifications auxquelles elles appartiennent.

Si l'hypothèse avancée s'avère exacte, cela pourrait avoir son importance non seulement en méthodologie du droit, mais aussi pour l'enseignement et la conception des outils de recherche en droit. L'emploi des catégories de base dans les communications pourrait rendre le droit plus accessible pour les non-spécialistes. Ainsi, les notions de vente, de meurtre et de liberté de religion sont plus facilement appréhendées que celles de contrat, de crime et de droits fondamentaux. Enfin, dans les outils de classification et d'accès au savoir juridique (catalogue, thésaurus, encyclopédie), il pourrait être pertinent de privilégier le niveau de base, puisque la tendance des utilisateurs du système juridique serait déjà d'associer davantage d'information aux catégories de ce niveau.

Dans une perspective plus radicale, l'identification des catégories de base suggère la possibilité d'une réorganisation complète du savoir juri-

87. E. ROSCH et autres, préc., note 82 ; Mary E. LASSALINE, Edward J. WISNIEWSKI et Douglas L. MEDIN, « Basic Levels in Artificial and Natural Categories : Are All Basic Levels Created Equal ? », dans Barbara BURNS (dir.), *Percepts, Concepts and Categories. The Representation and Processing of Information*, New York, North-Holland, 1992, p. 327 ; Frédéric GOSSELIN et Philippe G. SCHYNS, « Why Do We SLIP to the Basic Level ? Computational Constraints and Their Implementation », *Psychological Review*, vol. 108, n° 4, octobre 2001, p. 735.

dique⁸⁸. Serait-il concevable de se passer des catégories les plus abstraites qui enferment les catégories de base dans des classifications du type hiérarchique et d'intégrer toutes nos connaissances aux catégories de base ? Ces dernières pourraient-elles alors être liées entre elles suivant un mode non hiérarchique tel le réseau⁸⁹ ? Il n'est pas impossible que les technologies de l'information nous entraînent dans cette direction, et que d'autres forces encore fassent éclater les classifications traditionnelles. Ce questionnement appelle une réflexion sur le rôle des catégories les plus abstraites de la classification juridique : les branches du droit, les domaines et les matières ; il s'agit vraisemblablement de mettre en lumière des caractéristiques, des fondements ou des fonctions qu'ont en commun les catégories qu'elles regroupent, à des fins d'enseignement et d'exposition du droit. Ces rapprochements se font-ils au détriment d'autres relations possibles entre les catégories ? Faudrait-il tenir compte davantage du point de vue du justiciable, dont la situation juridique unique relie souvent des matières aussi distantes que la responsabilité civile et le droit pénal, le droit administratif et les contrats ?

Conclusion

Pierre Noreau a formulé la mise en garde suivante dans ses remarques de clôture de la journée d'étude tenue le 12 novembre 2010 : « Les catégories juridiques ne permettent pas de penser le droit. Elles permettent de penser juridiquement, ce qui est très différent. » Nous espérons avoir démontré dans notre texte que les catégories juridiques intéressent (ou devraient intéresser) la théorie du droit parce qu'elles délimitent, par leur assise factuelle, le champ d'application du droit et parce qu'elles contribuent à l'unité et à la structure dynamique du système juridique⁹⁰. La théorie du droit offre une représentation atomisée et réductrice de l'ordre juridique axée principalement sur une conception abstraite de la norme où domine celle du type prohibitif. Nous avons fait référence plusieurs fois, au fil du texte, à l'idée que la philosophie et la sociologie du droit sous-estiment le rôle de la doctrine, comparativement à celui du législateur et des tribu-

88. Est-il possible d'imaginer un système de connaissances dont l'organisation n'est pas hiérarchique ? Voir René SÈVE, « Introduction », *Archives de philosophie du droit* 1986.31.1, 4 et 7.

89. Voir François OST et Michel VAN KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. Malheureusement, ces auteurs n'abordent pas la classification des catégories juridiques.

90. Dans ce sens, voir : Gunther TEUBNER, *Le droit : un système autopoïétique*, traduit par Gaby MAIER et Nathalie BOUCQUEY, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 55 et 63 ; L. ROLLAND, préc., note 4, aux pages 689 et 692.

naux. Ce constat est directement lié à la méconnaissance des catégories juridiques. Certes, les catégories juridiques et leur classification ne sont pas l'œuvre exclusive de la doctrine : les bases en sont posées dans la législation et dans la jurisprudence⁹¹. Cependant, la doctrine joue un rôle crucial dans la définition, la systématisation et, surtout, l'enseignement des catégories juridiques⁹². En droit comme dans les autres domaines, les catégories ont cette caractéristique qu'une fois apprises leur utilisation devient intuitive : elle paraît aller de soi. Le développement de la psychologie expérimentale a permis de réaliser des avancées importantes quant au rôle des catégories dans la perception, la communication et la structuration du savoir. Il importe, selon nous, de tirer profit de cet apport et d'examiner de plus près les catégories juridiques et leur rôle structurant en droit.

91. René SÈVE, «Système et code», *Archives de philosophie du droit* 1986.31.77, 81 : «Il nous semble [...] que l'idée de système s'est longtemps identifiée moins à cette totalité abstraite qu'est le système juridique de la théorie du droit contemporaine, qu'à ce système, certes particulier, mais bien plus tangible, si l'on ose dire, qu'est un code. La pensée du système des juristes modernes a été à l'origine, et pour des raisons historiques évidentes, celle du code.» Voir aussi Krzysztof PLESZKA et Tomasz GIZBERT-STUDNICKI, «Le système du droit dans la dogmatique juridique», *Archives de philosophie du droit* 1986.31.107.

92. Voir Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 217 et suiv.