



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE  
*SORBONNE LAW REVIEW*

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1  
**PANTHÉON SORBONNE**

## Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i> .....	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i> .....	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i> .....	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i> .....	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i> .....	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i> .....	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i> .....	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i> .....	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i> .....	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i> .....	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i> .....	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i> .....	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS .....	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i> .....	236
<i>Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i> .....	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021 .....	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

## Apréhender le droit à l'aune de la relation

*Séminaire de recherche IRJS*

*Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS*

*et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon*

### ***I. – Autour de Jennifer Nedelsky***

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

### ***II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes***

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

### ***III. – Dossier de traductions inédites***

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

## Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne

**Jérémie VAN MEERBEECK**

*Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles,  
Professeur invité à l'Université Saint-Louis-Bruxelles*

Le droit est fondamentalement relationnel, inéluctablement casuistique et incertain. Ces caractéristiques justifient de faire de la relation, du cas et de la confiance des concepts absolument centraux du phénomène juridique (1). Et pourtant, ces notions sont peu présentes dans le discours moderne sur le droit, à tout le moins en droit civil occidental. La présente contribution propose, avec la modestie que lui impose l'espace qui lui est octroyé, de repérer quand et comment les concepts alternatifs de droit subjectif, de norme et de sécurité juridique leur ont été privilégiés (2), pour enfin esquisser quelques pistes de réflexion (3)<sup>1</sup>.

Commençons par un truisme : là où il n'y a pas de relation entre des individus, il n'y a pas besoin de droit<sup>2</sup>. Précisons d'emblée que nous n'accordons pas (sans pour autant l'exclure) de dimension affective au terme de « relation », de sorte qu'on pourrait tout aussi bien utiliser, à ce stade, le terme « rapport » ou « interaction » entre deux ou plusieurs individus, ou groupes d'individus. Il ne s'agit pas non plus d'assimiler les notions de relation et de droit : si la relation intersubjective peut se passer du droit, celui-ci ne prend son sens qu'en tant qu'il vient se greffer sur, et encadrer une relation<sup>3</sup>. De nombreux travaux contemporains démontrent que les êtres humains sont, contrairement au mythe moderne de

---

<sup>1</sup> Nous pouvons, à ce titre, être classé parmi les auteurs qui insistent « sur la nécessité de prendre en compte la relation en droit et de ne pas seulement prendre en compte l'institution ou la norme » (E. JEULAND, « La véraison de l'approche relationniste du droit », in *Les écoles de pensée en droit, Legal School of Thought*, M. DEVINAT, M. SAMSON, G. AZZARIA, éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2021, p. 481), mais peut-être pas dans le mouvement Droit et Relation tel que présenté par le professeur Jeuland, à défaut de limiter notre analyse à la notion de rapport juridique ou de proposer une théorie tel qu'il les définit (*Ibid.*, p. 490 et s).

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2004, p. 146 : « un droit sans la société, est-ce encore du droit ? » ; F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 292 : « un droit robinsonien n'existe pas ».

<sup>3</sup> On ne peut donc suivre Emmanuel Jeuland, lorsqu'il affirme que tout rapport humain serait juridique (E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 186). Sur ce point, nous rejoignons François Ost qui privilégie l'idée de la secondarité du droit : « le lien social n'est jamais naturellement ou originairement juridique ; il le devient, éventuellement, dans un second temps lorsque se développe un besoin de sécurité, de publicité, ou de durabilité » (*À quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 43).

l'individu indépendant, constitués par les relations qu'ils nouent. S'il ne fallait citer qu'un nom, cela pourrait être celui de Gilbert Simondon. Inspiré par Gaston Bachelard<sup>4</sup> et Henri Bergson, le philosophe français défend l'idée que tout être est relation ou, plus précisément, que la relation est simultanée au processus d'individuation de sorte qu'on ne peut penser l'individu séparément et antérieurement à la relation<sup>5</sup>.

### 1.- De la certitude à la confiance

La plupart (pas la totalité, heureusement) des relations nouées par les êtres humains sont appréhendées par le droit. Il ne s'agit du reste pas uniquement des relations intersubjectives mais également de nos relations au monde qui nous entoure (par le biais de la propriété, du régime des communs, etc.) ou aux institutions (sous le prisme par exemple des obligations de l'État à notre égard, ou de nos obligations envers lui)<sup>6</sup>.

De par son objet, le droit est donc fondamentalement relationnel. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, déjà, le réaliste américain Benjamin Cardozo, qui fut également juge à la Cour suprême, nous invitait à concevoir le droit comme définissant (nous dirions encadrant) une relation entre des points qui sont, le plus souvent, en mouvement (dotés d'une dimension spatiale ou matérielle)<sup>7</sup>. En partie en raison de cet objet, par définition changeant, le droit présente une part irréductible d'indétermination, qui tient à sa dimension casuistique ou, dans un langage moins connoté, à son contexte d'application. Héraclite dirait : on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve<sup>8</sup>.

L'incertitude est, en effet, inhérente au droit, n'en déplaise à certains juristes, ce qui ne signifie pas que le droit n'offre aucune prévisibilité, même si celle-ci ne peut être que relative<sup>9</sup>. De nombreux éléments participent à l'incertitude du droit, qui culmine au stade de l'instance juridictionnelle<sup>10</sup>. En amont, l'impossibilité pour

<sup>4</sup> Qui écrivait déjà : « Au commencement est la Relation », précisant, il est vrai : « c'est pourquoi les mathématiques règnent sur le réel » (G. BACHELARD, *Études*, Paris, Vrin, 2002, 2<sup>ème</sup> éd., p. 18).

<sup>5</sup> G. SIMONDON, *L'individuation à la lumière des notions de forme et d'information*, Paris, Million, 2005 ; Voy. D. DEBAISE, « Qu'est-ce qu'une pensée relationnelle ? », *Multitudes*, 2004, p. 21 : « Cette simultanéité des relations et de l'individuation est importante car elle implique que toute relation est un événement immanent à l'individuation dont nous ne pouvons a priori tracer les contours et les formes ».

<sup>6</sup> Nous proposons donc ici d'ouvrir la notion de relation au-delà de l'intersubjectif, ce qui ne signifie évidemment pas qu'il faille mettre ces différents types de relation sur le même pied.

<sup>7</sup> B. N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, Westport, Greenwood Press, 1930, p. 4.

<sup>8</sup> On voit ici que relation et cas sont étroitement liés.

<sup>9</sup> Ce constat n'est pas nouveau. Voy. déjà J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell L. Q.*, 1924, p. 20-26.

<sup>10</sup> Pour une analyse détaillée de ces éléments, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis/Publ. de l'Université Saint-Louis, 2014, p. 393-524.

le législateur de prévoir tous les cas, aggravée par les limites inhérentes au langage naturel, est couplée à l'incapacité politique de trouver des « accords complètement théorisés »<sup>11</sup>. En aval, l'explosion des intérêts particuliers, qui demandent à être pondérés, s'appuie sur le succès des principes généraux, véritables mines plantées dans le champ normatif. Entre les deux, d'innombrables sources d'incertitude constituent autant de nœuds susceptibles d'interrompre la chaîne causale postulée entre l'adoption d'une norme, les attentes qu'elle a pu légitimement susciter chez son destinataire et la solution effectivement apportée dans un cas particulier d'application. Relevons en résumé la difficulté d'identifier l'intention de l'auteur de la norme (qui ne renvoie qu'à une méthode d'interprétation parmi d'autres) ou l'impact sur son interprétation tant de l'interprète que des contextes, général et particulier, dans lequel s'intégrera l'application du texte. Le procès, qui est confronté à cette réalité juridique, constitue donc un « événement » en puissance, au sens où l'entend Alain Badiou<sup>12</sup>. Toute instance juridictionnelle contient en effet la potentialité que surgisse une singularité imprévisible qui, bien qu'issue de la situation, s'en démarque au point de transformer la configuration de départ.

Qui ne voit que, dans un contexte où la prévisibilité parfaite ne peut être garantie *ex ante*, le système juridique ne peut reposer que sur une institution voisine de la certitude qui est la confiance<sup>13</sup> ? Comme l'écrivait déjà Jacques Ellul en 1963, tout rapport social « implique de la part de celui qui fait un pas, sa conviction que ce pas ne le fera pas tomber dans le chaos »<sup>14</sup>. Cette idée a été reprise et développée par le sociologue du droit allemand Niklas Luhmann pour qui l'individu est avant tout un être qui forme des attentes à l'égard du monde qui l'entoure. Il vit dans un monde complexe et contingent, ce qui l'oblige d'une part à effectuer des choix et à prendre des risques et, d'autre part, à s'exposer à la possibilité d'une déception. L'individu est en outre confronté à l'entrée, dans son monde, d'autres individus qui constituent des sources d'incertitude. La tentative de se mettre à la place de l'autre pour deviner ses attentes (« l'attente des attentes ») est d'autant plus incertaine que, pour ce dernier, les mêmes problèmes de complexité, de contingence et d'altérité se posent, ce qui donne lieu à une « double contingence »<sup>15</sup>. Face à la complexité de la vie en société, l'homme est amené à développer des formes de réduction de la complexité, comme la confiance, que Luhmann définit, au sens le plus large du terme, comme le fait de se fier à ses

---

<sup>11</sup> Selon Cass SUNSTEIN, il est fréquent en droit d'avoir un accord sur un principe qui n'est pas complètement théorisé, sans avoir un consensus sur la théorie générale dont il dérive ou sur ce qu'il implique dans les cas particuliers (*Legal reasoning and political conflict*, Oxford, Oxford university press, 1998, p. 4-41).

<sup>12</sup> A. BADIOU, *Manifeste pour la philosophie*, Paris, Les Éditions du Seuil, 1989.

<sup>13</sup> Comme l'écrit joliment Dorian Astor, « pour que naisse une certitude, il faut que s'allient l'incertitude et la confiance » (D. ASTOR, *La Passion de l'incertitude*, Paris, Ed. de l'Observatoire, 2020, p. 65).

<sup>14</sup> J. ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, 1963, p. 28-30.

<sup>15</sup> N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge, 1985, p. 24-42.

propres attentes. Elle doit non seulement se mériter mais également se conserver, ce qui dépend étroitement de la façon dont on se présente à autrui, ce que Luhmann appelle l'« auto-présentation ». On crée en effet des attentes par sa façon d'être et, pour susciter la confiance, il faut être fidèle à ce qu'on a communiqué sur soi-même, consciemment ou non, le cas échéant en intégrant les attentes d'autrui. Dans les ordres sociaux simples, la croyance dans des entités surnaturelles permettait de soustraire le monde à la disposition humaine, ce qui réduisait sa complexité et permettait à l'homme d'orienter sa conduite en se contentant de formes personnelles de confiance. Dans des sociétés plus complexes, la capacité limitée de l'individu impose de répartir, au sein des différents systèmes sociaux, le fardeau de la sélection entre les nombreuses possibilités d'action. On passe ainsi d'une confiance *personnelle* à une confiance *systémique* comme un processus qui crée une « sorte d'équivalent de la certitude », la confiance systémique se formant à partir d'expériences concluantes offrant un retour constant. Il en va ainsi de la confiance dans le pouvoir politique légitime, qu'il décrit comme une forme centralisée de réduction de la complexité qui aboutit à des décisions contraignantes et ouvre l'esprit humain à l'inévitable contingence sociale<sup>16</sup>.

Récemment, le philosophe Mark Hunyadi a proposé une théorie unifiée de la confiance, qui ne serait pas limitée aux relations interpersonnelles mais engloberait également la relation humaine à l'environnement matériel immédiat (sol, objets, et artefacts) ainsi qu'aux institutions impersonnelles. Selon lui, la confiance constitue un « *trait structurel fondamental de notre relation au monde*, traversant l'ensemble du domaine de l'action », qui « engage la possibilité même de notre action dans le monde en général, et donc de toute relation pratique avec celui-ci », de sorte qu'elle mérite d'être « hissée à la hauteur d'un paradigme de théorie critique de la société »<sup>17</sup>. Il la définit comme un pari sur un comportement attendu, ce qui met en évidence ses deux caractéristiques majeures : une relation à l'action et une relation au futur sous la catégorie des comportements attendus. C'est cette dimension pratique qu'il reproche aux théories cognitivistes de la confiance (comme celle de Luhmann) de perdre de vue en faisant de celle-ci un savoir, une « forme dégradée de l'induction », qui vient « combler le vide de l'incertitude » alors que faire confiance, « ce n'est pas calculer des risques, c'est les prendre »<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. par S. BOUCHARD, Paris, Ed. Economica, 2006, p. 1-72.

<sup>17</sup> M. HUNYADI, *Au début est la confiance*, Lormont, Ed. Le Bord de l'Eau, 2020, p. 13-14. La confiance obéit à différents « régimes de conscience », selon qu'elle est inconsciente (catégorie dans laquelle il range aussi bien l'attente que le sol ne se dérobera pas sous nos pieds ou que l'État dise le droit), explicite et réflexive (la confiance qu'on retrouve dans la promesse ou le contrat) ou latente (qui « encadre silencieusement » l'action par un « ensemble de dispositifs institutionnels qui constituent le cadre fiduciaire objectif de l'action »), voy. p. 38-68.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 29, 93 et 97. L'action « peut certes être liée à un calcul préalable ou à un déficit d'information, qui peut encore être motivée par l'intérêt, dépendre de sentiments ou accentuer la

Si M. Hunyadi a raison lorsqu'il écrit que « [l']intégralité de notre relation au monde se distribue sur l'axe de la confiance, [...] car toute relation présuppose que l'on agisse sur l'horizon de comportements attendus »<sup>19</sup>, on voit mal comment le droit pourrait y échapper. Luhmann l'avait déjà vu : « En vérité, l'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit et fonde le fait général de s'en remettre aux autres tout comme, à l'inverse, la démonstration de confiance ne peut se faire que sur le fond d'une diminution des risques au moyen du droit ». Selon lui, cependant, ce n'est que dans les « systèmes simples » que droit et confiance ne pouvaient être séparés. Dans des systèmes complexes comme le nôtre, qui prévoient des mécanismes de sanction ou de réparation pour celui qui trahit la confiance, apparaît un phénomène de différenciation progressive du droit et de la confiance, qui ne sont « plus liés que par leurs conditions *générales* de possibilité » et « ne se coordonnent qu'*au besoin* dans des cas particuliers qui revêtent une certaine importance »<sup>20</sup>.

Si le droit peut être défini comme « une structure d'un système social qui dépend de la généralisation convergente d'attentes comportementales normatives »<sup>21</sup>, il nous semble cependant que la confiance continue à jouer – et doit continuer à jouer – un rôle fondamental dans tout ordre juridique<sup>22</sup>. En effet, si on reconnaît que le droit n'a pas la capacité de déterminer à l'avance son application,

---

vulnérabilité relationnelle, mais qui n'est ni ce calcul, ni cet intérêt, ni ce sentiment, ni cette vulnérabilité [...] » (*Ibid.*, p. 155). Quant au sentiment de confiance, ce n'est pas le pari de la confiance mais « une condition subjective déterminante pour le relever », c'est « le marche-pied vers la confiance en acte » (*Ibid.*, p. 30).

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 37-40. Luhmann préférera du reste, par la suite, le concept d'attente à celui de confiance.

<sup>21</sup> N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 82 (trad. libre). Selon Luhmann, la fonction première d'un ordre normatif consiste à intégrer la « double contingence » qui est propre au phénomène social et à sécuriser les attentes individuelles. En effet, le fait d'orienter son comportement par rapport à des règles décharge la conscience de la complexité et de la contingence dès lors que ces règles classent les comportements en déviants ou non déviants. Dès lors que la validité des normes ne dépend pas de leur réalisation, Luhmann les définit comme des attentes comportementales contrefactuellement stabilisées, qui rendent possible la supervision et la canalisation du processus, potentiellement dévastateur, de déception des attentes (« Le droit comme système social », trad. par M. VAN DE KERCKHOVE, *Droit et Société*, 1994, p. 57-58 ; *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 78). A. Somek poursuit en quelque sorte ce raisonnement sous l'angle de la relation juridique : en faisant de nous des instances d'époux, d'employé ou de parent, elle nous permet de déplacer l'attention de la justification de l'action (confrontée à l'échec d'une morale universelle) vers la vérification des conditions d'exercice d'un droit. Peu importe que j'approuve ou non le choix d'Arnold d'acquérir une Porsche, le fait qu'il s'agisse de son choix, et qu'il peut s'appuyer sur un droit, suffit pour que je le respecte, sans avoir à partager ni même à comprendre ses raisons. Il n'en va pas différemment de notre relation avec les autorités politiques et des « sources générales » du droit (législation, coutume) qui peuvent se présenter comme étant valides sans avoir à justifier de leur caractère obligatoire (A. SOMEK, *The Legal Relation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017).

<sup>22</sup> Selon F. OST, un ordre juridique doit se comprendre « comme un système durable d'interactions et d'engagements réciproques fondés sur la confiance » (*Le temps du droit*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1999, p. 173).

les destinataires de la norme ne vont continuer à agir en fonction de ce qu'elle prévoit qu'à condition qu'ils puissent avoir confiance dans le fait que les autorités en charge de son exécution vont prendre en considération les attentes légitimes qu'ils ont fondées sur la base de règles dont ils ont pu prendre connaissance. Dès lors que *l'effectivité* de l'ordre juridique dépend précisément de sa capacité à orienter les comportements de ses sujets de droit, ses autorités ont donc intérêt à prendre au sérieux les attentes formées par ceux-ci sur la base du droit existant, voire de l'apparence de droit existant<sup>23</sup>. On y reviendra.

Relevons encore que, jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, la triple dimension relationnelle, casuistique et incertaine du droit était largement assumée : les penseurs grecs, qui ne distinguaient certes pas clairement les notions de droit et de justice<sup>24</sup>, ne s'y étaient pas trompés. Ainsi, Aristote vantait les mérites de la vertu de justice (universelle) précisément « parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté »<sup>25</sup>. Dans un registre plus procédural ou méthodologique, le Stagirite conçoit la justice distributive comme étant celle qui consiste à donner à chacun ce qui lui revient selon ses mérites : le juste ainsi compris est « une sorte de proportion », étant « une égalité de rapports et supposant quatre termes au moins »<sup>26</sup>. Dans l'esprit du philosophe, celui qui est plus méritant doit se voir accorder plus mais dans le respect de la règle de proportionnalité. On trouve, plus fondamentalement, l'idée que le droit, au stade de l'octroi des avantages ou de la répartition des charges, ne peut fonctionner de façon solipsiste mais doit prendre en considération les rapports entre individus ou catégories d'individus. Quant au caractère indéterminé du droit, il ne faisait pas davantage de doute pour Aristote : « La loi est toujours universelle. Or, sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux [...] la faute n'est pas inhérente à la loi ni au législateur, mais à la nature des choses [...] ; en certains cas, il est impossible de légiférer [...] L'indéterminé a en effet pour règle un outil lui aussi indéterminé, tout comme la construction à Lesbos a pour règle le plomb. D'après la forme de la pierre en effet, cette règle de plomb se modifie et ne reste pas identique »<sup>27</sup>.

Le droit romain avait aussi intégré tant la dimension relationnelle du droit que son caractère casuistique. A. Schiavone confirme ainsi que, à tout le moins jusqu'au troisième siècle de notre ère, le droit romain se présentait comme un droit coutumier, jurisprudentiel, casuistique, orienté par des experts, « à géométrie

<sup>23</sup> La confiance dans le droit dépend ainsi de la confiance que le droit est en mesure d'offrir.

<sup>24</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 66.

<sup>25</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1983, p. 218-219.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 92-94.

variable, fluide, en perpétuel mouvement »<sup>28</sup>. Ulpien écrit que le mot droit (*ius*) dérive de celui de justice (*iustitia*), qu'il définit, à la suite de Cicéron, lui-même inspiré par les philosophes grecs, comme étant la volonté d'attribuer à chacun « son dû »<sup>29</sup>. Ce qui est dû à chacun, cependant, ce n'est pas un droit subjectif prédéfini mais, comme l'écrit Michel Villey, le « problème que le juriste devra résoudre, et qu'il devra traiter en tenant compte à chaque fois des circonstances et de tous les intérêts en cause afin d'instaurer ou de maintenir une juste distribution »<sup>30</sup>. Selon l'historien du droit, qui considère que la notion de droit subjectif n'existait pas en droit romain, le *jus* romain n'est pas le pouvoir d'un individu mais l'obligation elle-même, le *rappor*t existant entre le créancier et le débiteur<sup>31</sup>. Le philosophe du droit australien John Finnis soutient que la notion de « jus » renvoyait à l'idée d'attribution entre les parties et en vertu du droit et de la justice, de sorte que la part de chacun pouvait s'analyser aussi bien en un bénéfice qu'en une charge<sup>32</sup>. Luhmann insiste enfin sur cette « singularité de la pensée juridique de l'Europe ancienne » dans laquelle le concept du « *ius* » impliquait une *réciprocité*, renvoyant à des « relations de droit intérieurement équilibrées et qui se suffisaient à elles-mêmes », sans éprouver « ni le besoin, ni la possibilité de formuler une pure complémentarité ». Selon lui, une relation est réciproque lorsqu'apparaissent de part et d'autre des droits et des devoirs « qui se motivent et se justifient mutuellement », alors qu'elle est *complémentaire* quand un individu attend d'un autre une prestation sans que ce ne soit (nécessairement) le cas en sens inverse, une telle relation restant asymétrique et déséquilibrée<sup>33</sup>.

Quant au problème de la confiance, il est sans doute plus ancien que le droit lui-même. David Hume avait déjà relevé que l'obligation de tenir sa promesse, dont il fait une de ses trois lois naturelles fondamentales, provient de la nécessité de s'engager pour l'avenir, lorsqu'un échange porte sur des objets qui ne sont pas « présents et individuels »<sup>34</sup>. Or, une promesse n'a de sens que si elle s'appuie sur la confiance. Sous un angle plus « publiciste », on peut relever que la nécessité de la confiance plutôt que la sécurité pour consolider le lien entre le prince et ses sujets était déjà mise en avant par Sénèque dans un traité écrit pour Néron<sup>35</sup>. On

<sup>28</sup> A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par G. BOUFFARTIGUE, Paris, Belin, 2008, p. 53-64.

<sup>29</sup> D. I.I.I., 10. Rendre à chacun ce qui lui est dû est aussi un des trois préceptes du droit (*Idem*).

<sup>30</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 484.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>32</sup> J. FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, 2ème éd., Oxford, O.U.P, 2011, p. 209.

<sup>33</sup> N. LUHMANN, « De la fonction des 'droits subjectifs' » (trad. O. MANNONI), *Trivium*, 3, 2009, consulté le 8 septembre 2020 à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/trivium/3265>, p. 3.

<sup>34</sup> D. HUME, *Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1896, p. 520. Voy. déjà LUCRECE, *De la nature des choses*, trad. par A. LEFEVRE, Paris, Société d'éd. littéraires, 1899, p. 230 : « Nulle paix, nul repos pour ceux dont les forfaits rompent le pacte saint de la commune paix ».

<sup>35</sup> SENEQUE, « De la clémence », in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, trad. par J. BAILLARD, Paris, Hachette, 1914, t. I, p. 300, l. 19, 5 : « il n'est pas besoin de bâtir de hautes forteresses, de munir

retrouvera durant la période médiévale l'idée d'un pacte conclu entre le Roi et ses sujets, dont la rupture par le premier justifiait de relever les seconds de leur allégeance<sup>36</sup>, précisément en raison de la violation de cette confiance fondatrice.

Si le droit est fondamentalement relationnel, inéluctablement casuistique et incertain (donc requérant la confiance), comment expliquer que les concepts de relation, de cas et de confiance ont été à ce point refoulés dans l'histoire officielle des systèmes juridiques occidentaux, à tout le moins de droit civil<sup>37</sup> ? Il faut retourner au grand tournant des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles pour comprendre ce qui s'est passé.

## 2.- Le paradigme cartésien

Le XVII<sup>e</sup> siècle est le témoin de ce tournant à ce point majeur dans la pensée occidentale qu'il sera qualifié de « Révolution scientifique ». Fondé sur une conception mécanique de la nature, ce nouveau modèle de pensée, axé sur la certitude dans un siècle rongé par l'incertitude<sup>38</sup>, va s'imposer en tant que véritable paradigme, dépassant largement le domaine de la physique et des sciences exactes. Il marque encore aujourd'hui, à certains égards, notre conception du monde et est principalement associé à Galilée, Isaac Newton, Gottfried Leibniz et, surtout, à René Descartes. Afin d'éviter de se laisser tromper par ses sens, ce dernier décida de mettre tout en doute dans le but de s'assurer de « rejeter la terre mouvante et le sable pour trouver le roc et l'argile ». Il s'agit du fameux doute cartésien, point de départ véritable de la démarche de Descartes, qui devait mener à la première certitude, celle de son existence<sup>39</sup>. La méthode cartésienne entraîne un discrédit complet de la rhétorique et de l'argumentation dialectique, dont l'étude est, pour la première fois depuis Aristote, séparée de l'analyse logique et de sa méthode déductive, et s'y trouve subordonnée. La distinction sujet-objet devient fondamentale. À sa suite, les Modernes prendront comme modèle la méthode des géomètres ou celle des mathématiciens<sup>40</sup>. En ce siècle d'apologie de la raison, la conviction se répand que la connaissance rationnelle des causes permettra, à terme, de garantir la prévision de toutes les conséquences et événements à venir.

---

de retranchements des collines escarpées, de tailler à pic les flancs des montagnes, de se hérissier de murailles et de tours : un roi sans gardes est protégé par sa clémence ».

<sup>36</sup> Telle était la position défendue au XI<sup>e</sup> siècle par le Moine Manegold de Lautenbach (J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 97-99), reprise par Thomas d'Aquin dans son texte « Du Royaume » adressé au Roi de Chypre.

<sup>37</sup> E. JEULAND relève finement que le rapport de droit est le « cœur, mais aussi le point aveugle, mal défini » de la théorie du droit (*Théorie relationiste du droit*, *op. cit.*, p. 380).

<sup>38</sup> Le XVII<sup>e</sup> siècle cumule les crises politique et religieuse (guerre de 30 ans), économique et même sanitaire (épidémies de peste).

<sup>39</sup> R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Paris, Flammarion, 1900, p. 5-23. Le *Discours* est publié en 1637.

<sup>40</sup> S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 75.

La question de la prévisibilité devient indispensable pour déterminer un futur dont le divin n'est plus ni garant ni responsable. L'enjeu de la certitude devient ainsi tout à fait central.

Certes, comme l'a montré Kelsen, la normativité juridique (prescriptive) est fondamentalement différente de la loi scientifique (descriptive)<sup>41</sup>. Et pourtant, alors que la distinction semble être d'une clarté sans appel et aurait dû irrémédiablement invalider toute tentation d'appliquer une logique mécaniste au droit, le besoin de certitude et le mythe de la prévisibilité gagneront les juristes de l'époque : la maîtrise des causes légales doit permettre la connaissance des conséquences juridiques, ce que nous avons appelé ailleurs la logique cartésienne de la sécurité juridique<sup>42</sup>. Dans ce contexte, un premier courant, qui peut être qualifié de « *rationaliste-idéaliste* », se développe sur la base des écrits de Grotius, qui conçoit le droit comme un système, cohérent et complet, où la raison peut déduire les premiers principes de droits naturels puis l'ensemble des autres règles. Le second courant, « *empiriste-volontariste* », émerge avec Hobbes, qui part de l'observation du comportement des hommes pour aboutir à une réflexion rationnelle qui met l'individu, libre et rationnel, au centre du débat<sup>43</sup>. Ce dernier est en mesure de conclure le contrat social qui apparaît, sur le plan politico-juridique, comme étant l'équivalent de la démarche cartésienne, à savoir une méthode visant à faire table rase de tout, pour fonder la connaissance à partir d'un principe simple, sûr et unique. Dans l'état de nature hobbesien, chaque homme est titulaire d'un droit naturel, qui consiste en la liberté qui lui permet d'utiliser son pouvoir comme il l'entend pour assurer sa propre préservation. Cependant, tant que ce droit perdure, il ne peut y avoir aucune sécurité pour personne. Aussi, tant les passions que les lois naturelles vont pousser les hommes à conclure le pacte social en renonçant à leur droit à toute chose. Alors que le droit (*right* ou *jus*) « consiste en la liberté de faire ou de s'abstenir », la loi (*law* ou *lex*) « détermine et contraint à l'un des deux » de sorte que « la loi et le droit diffèrent autant que l'obligation et la liberté qui, pour une seule et même chose, sont incompatibles »<sup>44</sup>.

En assimilant « jus » et « liberté », Hobbes fait disparaître toute réciprocité entre les notions de droit et d'obligation, de sorte qu'un individu « peut avoir des droits sans que cela n'induisse d'obligation chez autrui », l'exigence de réciprocité étant reportée sur la notion de loi naturelle<sup>45</sup>. Finnis souligne le changement de perspective opéré, depuis Thomas d'Aquin, par les penseurs du XVII<sup>e</sup> siècle qui a pour effet d'extraire les titulaires de droits de la relation juridique établie par le droit selon les critères du juste. Et de relever que la radicalité hobbesienne a

<sup>41</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., trad. par CH. EISENMANN, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 83-84.

<sup>42</sup> J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit.

<sup>43</sup> A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 72-74.

<sup>44</sup> TH. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, p. 68-93 (trad. libre).

<sup>45</sup> Y. CH. ZARKA, *L'autre voie de la subjectivité*, Paris, Beauchesne, 2000, p. 12-13.

comme conséquence paradoxale que la notion de droit se trouve pratiquement privée de toute signification normative : si, dans l'état de nature, chacun a un « droit sur toutes choses » et que personne n'a d'obligation corrélative, il en résulte une absence de tout droit (en termes d'effectivité, à tout le moins)<sup>46</sup>. Dans le même sens, Luhmann pointe la rupture considérable de la notion moderne de droit subjectif : la réciprocité n'est plus exigible (même si elle n'est pas exclue, comme l'illustre la figure du contrat), la complémentarité suffit et on « peut concevoir l'idée scandaleuse que la liberté est un droit »<sup>47</sup>. En d'autres termes : l'individu et son droit prennent la première place, reléguant la relation (et son équilibre juridique) au second plan.

Pour John Locke, c'est également pour échapper à l'insécurité (juridique cette fois) de l'état de nature que les hommes vont conclure le contrat social, en confiant à des autorités publiques le soin de protéger les vies, les libertés et les possessions des cocontractants originaires. Il faut reconnaître à Locke d'avoir remis la confiance au centre du débat : ces fins qui justifient l'état social constituent autant de « bornes que la *confiance* investie par la société, la loi divine et naturelle, a imposées au pouvoir législatif », le peuple conservant le pouvoir suprême de révoquer ce dernier « quand il découvre que celui-ci a agi de manière contraire à la *confiance* dont il avait été investi »<sup>48</sup>.

Dans le courant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, la conception d'une raison toute-puissante va infuser l'ensemble des sciences et de la pensée occidentale, à tout le moins sur le continent européen. Auguste Comte entamera officiellement la démarche déjà envisagée par Condorcet au siècle précédent : tenter de découvrir les lois qui permettent d'expliquer – et si possible prévoir – tous les événements, naturels et humains<sup>49</sup>. Le droit n'échappera pas à ce fantasme de la raison toute-puissante, confirmant la croyance dans le mythe de la prévisibilité absolue. Il est vrai que cet amalgame a été facilité par l'utilisation du même mot « loi » par le droit et les sciences, ce qui ne surprend guère dans un monde où Dieu se voyait imputer tant les lois de la nature que le droit naturel. Montesquieu nous offre probablement, à cet égard, la meilleure preuve de la confusion ambiante lorsqu'il

<sup>46</sup> J. FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, O.U.P., 2011, p. 218.

<sup>47</sup> N. LUHMANN, « De la fonction des 'droits subjectifs' », *op. cit.*, p. 4.

<sup>48</sup> J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980, p. 75, § 142 et 78, § 149 (trad. libre, nous soulignons). Sa pensée n'en demeure pas moins, fondamentalement, individualiste. Locke promeut une « technique de répartition des possessions » plutôt qu'une « forme de rassemblement dans la coopération », ce qui entraîne le contrat social « dans une direction qui est décidément celle de l'individualisme ». (G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in PH. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1996, p. 207).

<sup>49</sup> A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Paris, Bachelier, 1835, t. II, 28<sup>ème</sup> leçon, p. 435-436. Voy. le Discours de réception à l'Académie française prononcé par CONDORCET lors la séance publique du jeudi 21 février 1782.

affirme dans la même phrase que les lois « sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » et que « tous les êtres ont leurs lois », que ce soit la « Divinité », le monde matériel ou les hommes<sup>50</sup>. Sa célèbre phrase selon laquelle les juges ne sont « que la bouche qui prononce les paroles de la loi »<sup>51</sup> doit se lire à la lumière du double postulat de l'époque : d'une part, les hommes ont conclu un contrat social par lequel des pouvoirs déterminés ont été confiés à une autorité, et d'autre part, il est possible d'élaborer des lois offrant la même certitude que les lois scientifiques. Dès lors que seul le législateur a la légitimité pour créer du droit, l'intervention des juges doit être réduite à une intervention purement mécanique. Admirateur de ce dernier, Beccaria résumera l'œuvre juridictionnelle par la figure formelle et logique du syllogisme judiciaire<sup>52</sup>. Dans ce modèle, les lois sont les causes et les décisions juridictionnelles les conséquences. Toute intervention du juge qui s'écarterait du syllogisme déductif est perçue comme une interférence causale entre l'énonciation de la loi et son application au cas particulier. Dans un contexte d'émancipation démocratique, la formule fera d'autant plus mouche qu'elle se parera de la légitimité de la volonté générale, couchée dans les lois adoptées par le parlement. La norme générale et abstraite est devenue le point de référence et le cas n'est plus envisagé que comme ce qui doit lui être subsumé.

La dimension individuelle du droit n'est pas en reste : considérablement influencées par la pensée de Locke, tant la Déclaration américaine d'indépendance de 1776 que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 consacrent l'idée selon laquelle les gouvernements sont établis pour garantir les droits inaliénables des hommes. L'article 2 de la Déclaration française confirme ainsi que le « but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », que sont « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le Code civil français alimente la croyance en la capacité du droit à être prédéterminé par des concepts abstraitement définis. Même si Portalis n'ignorait pas que « [t]out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre »<sup>53</sup>, l'idée principale des codificateurs était d'exclure l'incertitude du droit et les travaux préparatoires insistent sur l'importance de la stabilité des conventions, car dans « l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau »<sup>54</sup>. L'idée

<sup>50</sup> MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, livre I<sup>er</sup>, ch. I, p. 61-63.

<sup>51</sup> *Ibid.*, Livre XI, ch. VI, p. 244.

<sup>52</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (sans mention du traducteur), Paris, Ed. Guillaumin, 1870, p. 18.

<sup>53</sup> « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an VIII, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 467.

<sup>54</sup> « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification

d'un droit certain et prévisible se révèle, en effet, indispensable pour encadrer le développement économique conséquent lié à l'industrialisation de l'Europe. Le XIX<sup>e</sup> siècle voit également la consécration du concept d'État de droit. Que ce soit le *Rechtsstaat* allemand, l'État de droit français ou la *Rule of law* anglaise (dont l'origine est plus ancienne), tous partageront à terme l'idée d'un pouvoir politique soumis à des principes de droit comme la sécurité juridique et tenu de garantir la protection des droits individuels. Dans un contexte où les États-nation tentent d'asseoir leurs fondements, l'argument de l'État de droit et de la sécurité juridique – qui, sous sa forme cartésienne, fleure bon la neutralité – constituent de formidables instruments de légitimation.

Le XX<sup>e</sup> siècle voit une transformation du rôle de l'État, qui est amené à devoir arbitrer des conflits d'intérêts, de plus en plus nombreux, le droit devenant un instrument actif du changement social. Par ailleurs, après le tournant linguistique, le langage n'apparaît plus comme un simple « vêtement de la pensée » mais comme son médium incontournable<sup>55</sup>. Si ces changements poussent la plupart des théoriciens du droit à accepter qu'une certaine indétermination du droit est inévitable, presque tous s'accrochent au besoin de la certitude en droit. En 1911, Demogue écrivait du besoin de sécurité qu'il était peut-être le « plus grand des *desiderata* de la vie juridique et sociale » et que, afin de « sauvegarder la sécurité des relations juridiques », on exige de « savoir d'avance ce que les juges décideront sur un contrat »<sup>56</sup>. Les grands juristes français de l'après-guerre manifestent une certaine nostalgie pour la logique cartésienne de la sécurité juridique associée au siècle précédent. G. Ripert évoque ainsi ce « grand siècle juridique », dans lequel les lois civiles « donnaient la sécurité en permettant par leur permanence de prévoir l'avenir »<sup>57</sup> et P. Roubier estime, non sans emphase, que, des trois valeurs essentielles du droit, la première est la sécurité juridique et que, en son absence, « il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre »<sup>58</sup>. Le même auteur souligne le lien essentiel entre sécurité juridique (cartésienne) et droit subjectif : « Dans nos conceptions modernes, nous nous représentons les droits subjectifs comme des éléments essentiels de la sécurité juridique, abstraction faite de tout procès »<sup>59</sup>. En effet, le « droit subjectif existe à l'état de

---

des lois », in P. A. FENET, *Recueil complet, op. cit.*, p. 174. Ce projet sera poursuivi par l'École de l'exégèse.

<sup>55</sup> A. PAPAUX, Introduction à la philosophie du « droit en situation », *op. cit.*, p. 163-165.

<sup>56</sup> R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1911, p. 64-67 et 98.

<sup>57</sup> G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 3 et 154.

<sup>58</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1951, p. 318-319 et 332-334.

<sup>59</sup> P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, *Arch. Phil. du droit*, t. IX, Paris, Sirey, 1964, p. 90.

situation juridique préconstituée, avant tout litige, et on retrouve, dans son schéma, les éléments qui doivent s'affronter dans une lutte judiciaire éventuelle »<sup>60</sup>.

### 3.- Restaurer le cas, la relation et la confiance

Tel est l'héritage du discours moderne sur le droit : un droit objectif adopté par l'autorité publique sous forme de règles générales et abstraites et conférant des droits subjectifs aux individus, l'un comme l'autre contenant la promesse d'une prévisibilité d'ordre quasi-mécanique. Tout étant joué dès l'adoption de la loi, l'octroi du droit subjectif ou la conclusion du contrat, le juge n'aura en aval guère d'autre rôle à jouer que celui de l'automate de Montesquieu. Dans ce paradigme, le cas est accessoire (ou gênant), la relation réduite à sa plus simple expression et la confiance inutile<sup>61</sup>. Pourtant, la logique cartésienne de la sécurité juridique est un mythe, et la conception moderne du droit, une impasse.

Pour en sortir, il faut réhabiliter les notions de relation, de cas et de confiance. On peut parler de réhabilitation car ces concepts sont, on l'a dit, indissociables du phénomène juridique et n'ont jamais disparu (sauf du discours sur le droit) : le droit n'a pas de raison d'exister sans relation, il n'a pas de possibilité d'exister sans confiance et il ne peut faire l'économie de réfléchir aux cas qui le saisissent, et parfois le surprennent. Leur remobilisation pourrait jeter un nouvel éclairage sur (plan descriptif) voire modifier (plan prescriptif) la réalité de ce phénomène dans ses différentes facettes : relation aux autres, aux institutions (publiques) et au monde.

Sous l'angle de la relation entre les individus, la figure du contrat constitue un bon point de départ. On peut rappeler que le droit français et belge des contrats est, traditionnellement, imprégné du paradigme cartésien. Comme le résume élégamment François Ost, le contrat « c'est l'avenir anticipé, c'est du futur

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 92. Au contraire, la « situation objective n'est pas, au sens propre du mot, constituée auparavant, sur l'objet du litige [...] c'est par le canal de l'action en justice que la situation envisagée apparaîtra, c'est parce que la loi a concédé une action que le droit pourra être créé » (*Idem*).

<sup>61</sup> Certes, la figure du contrat social semble renvoyer, en première analyse, à la dimension relationnelle du droit. C'est cependant dans le sens le plus pauvre du mot « relation », quelque part au bas de l'échelle de l'ouverture à l'altérité. Le philosophe Guillaume de Stexhe pointe le lien entre l'individualisme des théories contractualistes et « l'ontologie atomistique et mécaniciste qui sous-tend les sciences et la technique modernes » et conclut que, dans la figure historique du contrat social, l'« instauration de la socialité n'est que l'invention d'une figure nouvelle du même » (« Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 200 et 210-211). Dans la même veine, M. Hunyadi relève la difficulté de créer un ordre social à partir d'individus conçus comme étant souverains, libres de toute finalité s'imposant à eux et guidés uniquement par les buts qu'ils se donnent. L'association de chacun avec autrui ne peut alors résulter que d'un acte volontaire visant à maximiser l'intérêt individuel : « Le contractualisme est la solution nominaliste au problème de l'ordre social » (*Au début est la confiance, op. cit.*, p. 73).

irrévocablement engagé »<sup>62</sup>. Dans ce contexte, les principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi sont essentiels : les parties sont libres de déterminer, lors de la conclusion du contrat, les règles qui s'appliqueront à leurs relations mais, une fois adoptées et sauf cas de force majeure ou accord des parties, ces règles s'imposeront à elles avec la force contraignante d'une loi<sup>63</sup>. Cette conception classique du contrat participe d'une représentation « cartésienne » du monde dans laquelle l'homme pense pouvoir déterminer à l'avance toutes les conséquences juridiques des actes et événements à venir. Elle correspond, dans une certaine mesure, à la notion de contrat « impersonnel » (« discrete contract ») que Ian MacNeil oppose au contrat relationnel<sup>64</sup>. Le contrat impersonnel idéal est un contrat complètement présentifié, dans lequel n'est digne d'intérêt que le moment de la transaction<sup>65</sup>. Les analyses relatives au contrat relationnel ont cependant montré qu'il était pour le moins réducteur de limiter le centre de gravité du contrat au moment de sa conclusion, eu égard notamment à la durée de certains contrats et à la rationalité limitée des cocontractants<sup>66</sup>. La pratique montre ainsi qu'il est indispensable de savoir penser par cas, l'évolution d'un contrat dépassant bien souvent les prévisions des parties. En insistant sur l'impossibilité de déterminer à l'avance l'ensemble du déroulement contractuel (surtout sur le long terme), une approche relationnelle permet de voir l'importance, pour les parties, de la *relation* qui se noue entre elles et qui est indissociable de la *confiance* qu'elle doit pouvoir inspirer.

Bien avant McNeil, Emmanuel Levy avait perçu, en droit privé, la nécessité de penser le lien entre droit, relation et confiance. Déjà en 1899, il écrivait que « le rapport d'où naît la responsabilité est un rapport de confiance nécessaire ; l'obligation qui la crée est une obligation que crée la confiance ; et lorsque celle obligation est inexécutée, lorsqu'il y a confiance légitime trompée, il y a faute [...] »<sup>67</sup>. Quelques années plus tard, il dénonçait notre incapacité à penser les droits pour ce qu'ils sont en réalité, à savoir des relations : « Ce qui serait évident si les droits avaient l'existence, s'ils étaient des absolus. Mais ils sont des relations »<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> F. OST, « Temps et contrat », *Annales de droit de Louvain*, 1999, p. 17.

<sup>63</sup> Le contrat, écrivait déjà M. Hauriou, est la tentative « la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision » (*Principes de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1916, p. 201). Il n'y avait guère de place, dans ce cadre conceptuel, pour une théorie de l'imprévision. Si celle-ci a été consacrée en droit français par l'article 1195 du Code civil, il n'en est toujours pas de même en droit belge.

<sup>64</sup> Selon les traductions de C. BOISMAIN (*Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., 2005, p. 107 et 110).

<sup>65</sup> I. R. MACNEIL, « Values in Contract: Internal and External », *Northwestern U.L.R.*, 1983, vol. 78, p. 349-350.

<sup>66</sup> Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Rec. Dalloz*, 2006, no 15, p. 1006-1007.

<sup>67</sup> E. LEVY, « Responsabilité et contrat », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, p. 373.

<sup>68</sup> E. LEVY, « Eléments d'une doctrine », in *Les fondements du droit*, Paris, Ed. Félix Alcan, 1939, p. 95 et 131.

Les théoriciens du droit francophones n'ont pas manqué de relever, depuis quelques années, une évolution de la conception classique du contrat vers une conception plus flexible et plus collaborative<sup>69</sup>. Ost relevait ainsi qu'à la « confiance dans les virtualités de l'avenir » qu'offrait la conception classique « s'ajoute la confiance dans le partenaire contractuel », allant jusqu'à suggérer que « celle-ci conditionne celle-là » : « Voilà ce que redécouvrent doctrine et pratique contemporaines : le contrat ne sera un outil de maîtrise du futur, la stabilité ne lui sera garantie qu'à condition d'entretenir la confiance mutuelle sur laquelle il repose »<sup>70</sup>.

Il est également intéressant d'appréhender le droit public sous l'angle d'une relation entre l'individu et les institutions, plus précisément les autorités publiques, construite sur l'axe de la confiance. Lon Fuller faisait ainsi grief aux positivistes de présenter le droit comme une projection d'autorité à sens unique alors qu'il s'agit d'une entreprise de collaboration entre les autorités et les citoyens, qui nourrissent chacun des attentes les uns envers les autres. Les engagements mutuels reposent sur le fait que l'obéissance aux règles perd son intérêt si le sujet sait que l'autorité n'y prêtera pas attention et, à l'inverse, que le législateur n'acceptera les restrictions de la *rule of law* que s'il sait que les sujets sont prêts ou capables d'obéir à ses règles. Il proposait, en résumé, d'adopter une conception « interactionnelle » du droit : le souverain a l'obligation de rendre le droit (raisonnablement) prévisible pour les sujets de droit<sup>71</sup> et il peut, en échange, attendre de ceux-ci qu'ils soient prêts ou capables d'obéir à ses règles<sup>72</sup>. Cette approche a le mérite d'être plus nuancée que le binôme « règle générale/droit subjectif » et permet d'articuler une relation sous l'angle de la réciprocité plutôt que de la complémentarité.

On l'a vu, cependant, la prévisibilité absolue du droit est un leurre, de sorte que la confiance doit intervenir dans un second temps, *ex post*, pour limiter les (mauvaises) surprises dans le chef des sujets de droit. Ainsi, l'incertitude consubstantielle à l'énonciation a priori du droit peut se voir réduite lorsque le juge prend au sérieux les attentes légitimement formées par les destinataires de la règle, justifiant la confiance qu'ils ont pu placer dans le système. La reconstitution d'une certitude relative est d'autant plus importante qu'une déception répétée de la

<sup>69</sup> Voy. notamment C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D.civ.*, 1997, p. 359.

<sup>70</sup> F. OST, « Temps et contrat », *op. cit.*, p. 26.

<sup>71</sup> L'autorité doit ainsi instaurer les conditions de possibilité de la connaissance matérielle et intellectuelle du droit par ses destinataires pour leur permettre de prendre leurs dispositions en conséquence.

<sup>72</sup> L. L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 217-221. Chaque sujet de droit est responsable de « sa » sécurité juridique, qui est irrémédiablement dépendante de l'interaction sociale et juridique. Les États peuvent attendre des destinataires des règles en vigueur qu'ils en prennent connaissance et, globalement, qu'ils les respectent.

confiance investie ponctuellement pourrait entraîner des conséquences sur la confiance à l'égard du système dans son ensemble, ce qui est de nature à remettre en cause, à terme, son effectivité. Fuller rappelle que le juge doit garder à l'esprit que la perception de ses standards d'interprétation est de nature à créer des attentes dans le chef de ceux qu'ils affectent et qu'un changement soudain de ces standards risque de porter atteinte à ces attentes<sup>73</sup>. Ost a raison d'écrire, à cet égard, que les « interprétations de "mauvaise foi", celles qui déjouent la confiance, restent, à tous égards, moins pertinentes, moins recevables que les autres »<sup>74</sup>.

Prendre en considération (au sérieux, dirait Dworkin) ne signifie cependant pas faire d'office droit à ces attentes. Il est en effet possible que d'autres intérêts légitimes soient en jeu. Ce sont ici les dimensions relationnelle et casuistique du droit qui se rappellent à notre bon souvenir. Le droit n'a, en effet, pas pour objet unique de sécuriser les attentes, mais poursuit d'autres valeurs, comme un certain idéal de justice ou la protection de l'autonomie des individus en veillant à assurer une distance symbolique entre les personnes par le biais du recours au tiers<sup>75</sup>. En ce qu'elle postule une juste distance entre les personnes, la conception relationnelle impose dans le même souffle l'obligation de respecter la position de l'autre, ce qui permet de penser le concept de responsabilité de façon plus affinée que dans le paradigme juridique de l'individu. Il ne peut y avoir aucune prévisibilité absolue, le droit n'étant pas une science mécanique et toute instance juridictionnelle étant susceptible de constituer un *événement*, qui se dégage de la concrétisation du droit en vigueur dans un « cas » particulier. Comme l'avait déjà perçu Aristote (pour la justice distributive), lorsqu'il s'agit de donner à chacun « ce qui lui revient », il faut tenir compte de ce qui devrait revenir aux autres ou de ce dont ceux-ci risquent de se trouver privés. Bien souvent, on ne peut envisager la solution juridique à un problème de façon abstraite, sans prendre en considération les situations concrètes de chacune des parties impliquées par cette question et la façon dont elles pourraient être impactées. En d'autres termes, l'autorité publique chargée de décider ne peut se contenter de réfléchir à partir de chaque individu (et du droit subjectif que celui-ci invoque ou de l'intérêt qu'il fait valoir) mais doit partir de la configuration qui se présente à elle et tenir compte des différents intérêts en présence dans leur agencement particulier. On le voit, la solution n'est dès lors pas préexistante, toute faite, mais elle se construit dans le respect du principe de proportionnalité, qui est un principe relationnel par excellence. Si tel est le cas du législateur ou de l'exécutif, à l'heure d'opérer des choix politiques, il en va de même du juge confronté à un litige qui doit prendre en compte

<sup>73</sup> L. L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 91 et 231.

<sup>74</sup> F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 124-125.

<sup>75</sup> Voy. en ce sens FR. OST, *A quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 255-256 ; E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 407 (sur le second point).

(généralement sous l'angle de la balance des intérêts) la configuration factuelle qui lui est soumise<sup>76</sup>.

Enfin, le droit n'a pas vocation à encadrer que la relation intersubjective ou la relation entre les sujets de droit et les autorités politiques, mais également la relation des sujets aux choses et au monde qui les entourent. Le défi climatique nous impose ainsi d'élargir le point de vue à la question de l'interdépendance des humains à l'égard de leur environnement<sup>77</sup>. À nouveau, concevoir le droit sous l'angle de la relation (et de la réciprocité) plutôt que du droit subjectif permet de réfléchir sereinement à la responsabilité des êtres humains à l'égard de leur environnement sans devoir s'engager dans l'exercice périlleux de reconnaître une personnalité juridique et des droits subjectifs à la nature. Sans pouvoir s'étendre sur un sujet pourtant si important, c'est également avec fruit que les notions de relation, de cas et de confiance pourraient être mobilisées pour étudier le lien du droit et du numérique. On peut se demander si la promesse du numérique ne présente pas certaines similarités avec le mythe moderne que nous avons essayé de déconstruire : une « norme » générale et (très) abstraite (l'algorithme) censée offrir aux individus souverains la certitude tant rêvée ?

## Conclusion

Le paradigme cartésien du droit nous a fait perdre de vue que le droit est indissociable du cas, de la relation et de la confiance. Il est codéterminé par un contexte dont les configurations mettent en jeu des relations multiples qui imposent de pouvoir penser non seulement dans le cadre de règles définies *a priori* mais également, *a posteriori*, à partir du cas qui survient<sup>78</sup>, ce qui implique de recourir à cette « institution invisible »<sup>79</sup> qu'est la confiance.

---

<sup>76</sup> Pour Aristote, cependant, et sous réserve de l'hypothèse de l'équité (*epikeia*), l'instance juridictionnelle doit obéir au principe de la justice commutative, qui vise à rétablir la situation antérieure à l'inexécution du contrat ou au tort causé (même si cette situation était injuste).

<sup>77</sup> J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, J.-FR. BRAUNSTEIN et E. JEULAND (coord.), Paris, IRJS, 2018, p. 8.

<sup>78</sup> Cas qui ne « tombe » pas toujours bien, à savoir dans la catégorie légale prédéfinie (le terme « cas » vient de « *casus* », participe passé substantivé de « *cadere* », tomber).

<sup>79</sup> K. J. ARROW, *The Limits of Organization*, New York-London, Norton & Company, 1974, p. 26.