



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
Jérémy 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^e, 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^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i>	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 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)

La relation première

Emmanuel JEULAND
Professeur de droit privé,
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Peut-on appréhender le droit par la relation ? Et si oui comment ? Après deux séminaires, organisés en collaboration avec Gregory Bligh¹, les propositions ont circulé et elles m'ont bousculé. C'est de cette heureuse bousculade que je souhaiterais ici faire état.

La relation (le rapport ou encore le lien) me paraît première en droit pour plusieurs raisons : elle sert de terme générique pour définir des notions centrales (contrat, nationalité, procédure, famille, etc.) ; elle précède parfois ses termes, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire d'avoir deux sujets de droit préexistants pour former un rapport de droit. À l'inverse, une entité devient sujet de droit lorsqu'elle est au cœur d'un réseau de liens de droit et qu'elle peut agir juridiquement et judiciairement. Enfin, la relation de droit est première en ce qu'elle est au fondement de la dogmatique juridique : les interactions dans le rapport peuvent créer des normes comportant des droits. Je vais essayer de montrer dans cet article que la relation n'est pas seulement une notion générique sans grand contenu servant à définir des concepts juridiques, mais qu'il s'agit d'un concept qui précède en logique les autres grands concepts juridiques (normes, personnes, droits). C'est d'ailleurs pour cela qu'elle permet de définir ces grands concepts et qu'elle est au fondement de la dogmatique juridique. Après un premier questionnement sur la possibilité pour la notion de rapport de droit d'être technique (1), je verrai comment il est possible d'appréhender le droit par la notion de rapport de droit (2), puis je rechercherai l'origine de cette notion (3), ses différentes manifestations (4), les indices d'appréhension du droit par la relation (5) pour aboutir à démontrer que la relation précède ses termes qui peuvent ne pas encore avoir la personnalité juridique (6) voire rester sous forme de groupe informel (7), rendant ainsi possible l'existence d'une théorie relationniste du droit (8).

¹ Je remercie ici G. BLIGH pour son implication dans le projet et renvoie à sa belle contribution dans ce dossier envisageant le droit sous l'angle des interactions et de l'autorité.

1.- Questionnement : le rapport de droit peut-il être une notion technique ?

Une approche relationnelle du constitutionnalisme telle que la nomme P.-M. Raynal² en commentant J. Nedelsky consiste à aborder les droits de l'homme à partir de la relation humaine qui est en cause. Cela permet de rechercher l'autonomie des parties dans la relation et de ne pas raisonner sur des rapports de domination sous prétexte de respecter les droits et les intérêts d'une partie. Il s'agit au fond d'articuler les droits et les devoirs dans les relations au plan des principes fondamentaux. Pour autant, cela reste une approche libérale impliquant un État un minimum respectueux des droits préexistants des citoyens. Il n'est pas certain que cette voie puisse être d'un grand apport dans le système constitutionnel français qui n'est pas foncièrement libéral.

Une autre manière d'appréhender le droit par la relation consiste à faire du rapport de droit une notion technique dans la dogmatique juridique ce qui peut être particulièrement utile en droit privé. La notion de rapport de droit ou de lien de droit existe d'ailleurs sans être pour autant vraiment théorisée et développée pour décrire les connexions familiales, contractuelles, sociales et même nationales. On peut cependant considérer avec P.-M. Raynal que la notion ne renvoie finalement qu'aux relations humaines préexistantes régulées par le droit et qu'elle est trop générique et trop vague pour avoir un contenu technique précis.

À vrai dire, cette critique légitime ne me paraît pas dirimante car on pourrait dire la même chose des notions d'actes, de droit subjectif et de règles : ces notions qui permettent de se saisir du droit sont larges et génériques et n'en sont pas moins techniques. La critique repose par ailleurs sur une pétition de principe selon laquelle les relations humaines préexistent au droit et sont régulées par lui. Cet *a priori* fait du droit une discipline plaquée sur les relations humaines qui leur reste fondamentalement extérieure.

Appréhender le droit par la relation conduirait sans doute à considérer que les relations humaines ne sont pas seulement organisées et régulées par le droit mais constituées et instituées par le droit. Cela suppose en effet que les relations humaines ne préexistent pas au droit mais que la relation de droit en quelque sorte est première. Il n'existe pas de relations humaines qui ne soient pas créées par le droit sauf à être un simple contact (un lien faible) ou un amour secret (donc hors société). La question de l'amitié est complexe et a pu être analysée comme une relation juridique, dans un sens large (non réduit au droit positif d'un État donné) notamment par le fondateur de l'approche psychologique du droit³. On le voit,

² P.-M. RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une "théorie relationniste du droit" », dans le présent dossier.

³ L. PETRAZYCKI, *Law and Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 1955 (trad. ang. d'extraits de deux ouvrages de 1906 et 1907) [réimpr. : New Brunswick, Transaction Publisher, 2011].

appréhender le droit par la relation est envisageable et peut tout à fait être réalisé, puisque le droit est une construction de concepts et qu'il importe de faire une construction cohérente et utile⁴.

Il faudrait alors montrer qu'appréhender le droit par la relation réalise un véritable apport et que cela enrichit véritablement la compréhension du phénomène juridique. Une façon de faire pourrait consister à regarder de manière rétrospective dans la littérature juridique les différentes tentatives d'appréhender le droit par la relation ou l'interaction, celles notamment de Savigny⁵, de Fuller⁶ ou de Petrazycki voire de Villey⁷ (dans sa définition du *ius* comme rapport de droits et d'honneur entre les parties⁸). On peut aussi tenter d'approfondir les écrits des auteurs contemporains qui appréhendent le droit par la relation (Nedelsky, Somek, Pavlakos, par exemple⁹). Toutes ces approches sont cependant différentes et peut-être que fonder une approche relationnelle du droit sur toutes ces sources aboutirait à un syncrétisme fragile¹⁰. Certains des auteurs cités sont d'ailleurs davantage des philosophes que des juristes dans le sens où leur approche est générale, abstraite et externe au droit (Nedelsky, Somek, Pavlakos). Cela ne signifie pas que ces approches philosophiques ne sont pas utiles et nécessaires mais elles s'inscrivent dans un débat d'histoire de la philosophie autour d'Aristote et Kant

⁴ C. SINTEZ, *Le constructionnisme juridique*, T. 2, Paris, Mare et Martin, à paraître.

⁵ V. plus loin.

⁶ L. L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969), trad. fr. M. LAPORTE, dans le présent dossier.

⁷ Position récurrente dans toute son œuvre notamment dans M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003. Ceci dit, Villey s'intéresse à la justice comme équilibre et mise en balance ; il recherche un rapport entre deux termes. Cela ne signifie pas qu'il dise que le droit est un rapport au sens d'une relation entre deux personnes.

⁸ V. sur ce point la critique de P.-M. RAYNAL, art. précit.

⁹ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, Oxford University Press, 2010 ; « Repenser les droits comme des relations » (1993), trad. fr. G. BLIGH dans ce dossier ; A. SOMEK, *Legal Relations*, Cambridge University Press, 2017 ; G. PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018), trad. fr. S. FOUQUET dans ce dossier.

¹⁰ P.-M. RAYNAL considère que l'approche rétrospective est utile mais insuffisante et mystérieuse (Domat a une approche théologique) ; elle peut être superficielle. Quant aux nouvelles technologies, on peut dire avec Villey qu'il n'y a rien de nouveau sous le soleil. A vrai dire, beaucoup de pans du droit sont modifiés par les nouvelles technologies et la pensée de Villey ne nous aide guère. Nedelsky propose une approche relationniste du constitutionnalisme libéral prônant un État nécessaire mais minimum pour ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux. Elle peut servir de fondement à une théorie relationniste du droit mais on ne peut guère élargir la bibliothèque davantage, selon M. Raynal, et notamment aux auteurs d'influence allemande (Somek, Pavlakos) au risque de superficialité. À vrai dire, les deux approches paraissent incompatibles en philosophie du droit tant leur angle d'attaque est différent (l'une partant plutôt d'Aristote, les autres de Kant et Fichte). Je ne propose pas une théorie relationniste philosophique du droit mais une approche qui s'appuie sur une analyse technique du rapport de droit (dans la lignée de Savigny) tout en tentant de l'actualiser. La bibliothèque du relationnisme est ainsi quelque peu éclectique mais vise à enrichir l'approche technique du rapport de droit (notamment le test de Nedelsky commençant par repérer les rapports de droit en présence et leur potentiel d'autonomie).

notamment et ne permettent pas directement d’appréhender le droit de l’intérieur au moyen du concept de rapport de droit.

2.- Appréhender le droit par le concept juridique de rapport juridique

Une approche de juriste interne au droit se heurte, quant à elle, à la difficulté de forger un concept technique de rapport de droit. Savigny – le premier, semble-t-il, à avoir tenté de faire d’un concept dégagé par Kant et Fichte à la suite de théologiens du XVI^e siècle (Hugo, Summenhart notamment¹¹) une notion juridique – a sans doute d’emblée créé une confusion avec la notion de droit subjectif. Depuis, Savigny a eu des continuateurs dans différentes disciplines du droit, notamment le droit du travail et la procédure, mais dans ces domaines aussi le concept de rapport de droit a donné lieu à des débats sans fin. On pourrait décider de se débarrasser du concept de rapport de droit, d’ignorer sa rémanence et de s’en tenir aux grands concepts existants (personne, acte, droit subjectif, règle, décision, ordre juridique, etc.). Il n’empêche que l’on bute encore sur le rapport qu’il faut soit ranger dans les faits, dans le domaine du préjuridique, soit tenter d’en faire une notion juridique. Le rapport de droit résiste, se maintient en pointillé et n’est pas aisément appréhendable.

À la question « peut-on appréhender le droit par la relation ? », ma réponse est alors qu’il serait souhaitable de tenter de le faire pour ne pas en faire un impensé du droit mais que, pour autant, la relation n’est pas aisément appréhendable par le droit, elle est insaisissable. D’ailleurs son origine, sa définition, son régime¹², sa méthode et son utilité dans différentes branches du droit sont problématiques. Si l’on avance sur ce terrain, il faut aussi articuler le rapport de droit avec les grandes notions précitées (droit subjectif, acte juridique, personne) ce qui aboutit à bousculer ces grands concepts. En creusant, on peut être amené à s’apercevoir que le rapport de droit précède en logique ces grandes notions : une personne juridique est un ensemble de rapports de droit, une norme est forgée par l’interaction de personnes en lien et les droits s’exercent dans des liens. On aboutit alors à l’idée selon laquelle le rapport de droit est premier dans l’ordre du raisonnement juridique, ce qui peut expliquer la difficulté de lui faire une place.

Si la relation est première en droit, cela veut dire qu’en théorie la relation précède ses termes, comme une corde sans tireur. Il ne faut pas se voiler la face sur les conséquences en termes de politique juridique que l’appréhension du droit par

¹¹ A. GUZMAN BRITO (professeur de droit romain décédé du Covid en 2021), « Los orígenes del concepto de “Relación Jurídica” (“Rechtliches Verhältnis” – “Rechtsverhältnis”) », *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n° 28, Valparaíso, 2006, DOI : [10.4067/S0716-54552006000100005](https://doi.org/10.4067/S0716-54552006000100005).

¹² V. notre article : « La véraison de l’approche relationniste du droit », in M. DEVINAT, M. SAMSON, G. AZZARIA (dir.), *Les écoles de pensée en droit – Legal School of Thought*, éd. RDUS, Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke, 2021.

la relation peut entraîner. L'appréhension du droit par les normes a donné la prévalence au droit constitutionnel pendant quelques décennies ; l'approche en termes de droit objectif met l'État au centre de la dogmatique juridique. À l'inverse, l'approche du droit par les droits subjectifs place l'individu au centre de l'échiquier juridique. Penser le droit en termes de rapports de droit met l'accent sur le droit privé et la procédure, sans ignorer pour autant les rapports verticaux (les rapports de droit public ou de droit social) mais en mettant peut-être ces rapports verticaux à leur place parmi d'autres rapports et en les rendant plus réciproques.

3.- Origine du rapport de droit

L'origine de la notion de rapport de droit reste quelque peu obscure et son existence en pointillé. Longtemps en gestation sous l'ancien régime, selon le romaniste Brito, elle apparaît avec des auteurs comme Hugo Grotius (1583-1645) qui affirme que le droit est une relation entre un être raisonnable et une chose et surtout Conradus Summenhart (†1501/1502) qui écrit : que le droit selon un second mode est une relation (le premier mode est la loi) « *quia ius secundo modo est relatio* »¹³, puis chez Kant en 1783, dans ses *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik*, dans lesquels on trouve l'expression « *rechtliches Verhältniss* »¹⁴. Traitant de la connaissance par analogie, qui consiste, selon Kant, non pas dans la similitude incomplète de deux choses, mais dans la similitude complète de deux relations entre des choses tout à fait dissemblables, il recourt à l'analogie entre les « relations juridiques » des hommes et les « relations mécaniques » des forces :

« So ist eine Analogie zwischen dem rechtlichen Verhältnisse menschlicher Handlungen, und dem mechanischen Verhältnisse der bewegenden Kräfte [...] ».

L'histoire du lien juridique partant du concept de *vinculus iuris* n'est guère plus claire¹⁵. D'ailleurs, leur différence d'origine peut expliquer que les deux notions coexistent pacifiquement aujourd'hui comme, si l'on peut dire, deux espèces de grenouille dans le même étang.

Fichte à la suite de Kant emploie l'expression de rapport de droit comme notion fondamentale de son système partant de l'homme libre et raisonnable qui

¹³ Cité par A. GUZMAN BRITO, art. précit. ; C. SUMMENHART, *De contractibus licitis atque illicitis tractatus*, tract. 1^o, quaest. 1^a, prima supp. (Venetiis, ap. F. Zilettum, 1580, fol. 1, 1^a col.).

¹⁴ E. KANT, *Prolegomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme science*, Paris, Vrin, 2001 [1783], coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », § 58, note 9 : « Ainsi, il y a une analogie entre le rapport juridique des actions humaines et le rapport mécanique des forces motrices : je ne puis rien faire à autrui sans lui donner le droit de m'en faire autant sous les mêmes conditions ».

¹⁵ Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre article : « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455 sq. ; republié dans la *Revue juridique de la Sorbonne*, 2020, n^o 1, p. 144-170. V. aussi G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Thèse, 2010, Dalloz 2012 et C. AUBRY DE MAROMONT, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, Thèse Nantes, 2015.

rencontre une autre personne¹⁶. Mais c'est Savigny qui en fait un concept juridique premier dans un système théorique. Il écrit dans son paragraphe 4 des propos qu'il convient de citer dans leur continuité :

« Une réalité plus profonde (que le droit subjectif), c'est le rapport de droit dont chaque droit n'est qu'une face diverse considérée abstractivement ; ainsi, un jugement sur un droit spécial n'est vrai et raisonnable que s'il dérive d'une vue complète du rapport de droit. Ce rapport a une nature organique qui se manifeste, soit par l'ensemble de ses parties constitutives qui se balancent et se limitent mutuellement, soit par ses développements successifs, son origine et ses décroissements. [...] Telle est la seule question soumise à l'appréciation du juge. [...] Mais si le jugement d'une, espèce particulière n'a qu'une nature restreinte et subordonnée, s'il trouve sa racine vivante et sa puissance de conviction dans l'appréciation du rapport de droit ; la règle de droit et la loi qui en est l'expression ont pour base plus profonde les institutions dont la nature organique se montre dans l'ensemble vivant de leurs parties constitutives, et dans leurs développements successifs. Ainsi donc, quand on ne veut pas s'en tenir aux manifestations extérieures, mais pénétrer l'essence des choses, on reconnaît que chaque élément du rapport de droit a une institution qui le domine et lui sert de type, de même que chaque jugement est dominé par une règle. [...] Mais un examen plus attentif nous montre que toutes les institutions de droit forment un vaste système, et que l'harmonie de ce système, où se reproduit leur nature organique, nous en donne seule l'intelligence complète. Malgré l'immense distance qui existe entre un rapport individuel de droit et l'ensemble du droit positif d'une nation, il n'y a d'autre différence que celle de proportion, et le procédé par lequel l'esprit parvient à les connaître est absolument le même.¹⁷ »

Il est intéressant de noter que, pour Savigny, il faut « embrasser l'ensemble du rapport de droit » d'un cas. C'est aussi ce que J. Van Meerbeeck affirme de sa pratique de juge¹⁸ : il convient de faire le schéma de tous les rapports en cause pour avoir une vision générale du cas et traiter par un jugement les déséquilibres généraux et pas seulement, si nécessaire, le seul rapport litigieux initial. On peut comparer cette approche à celle de la médecine chinoise qui envisage tous les méridiens d'une personne pouvant être à l'origine d'un symptôme. Cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas aussi parfois « trancher » une affaire comme, en médecine occidentale, l'on pratique une opération chirurgicale.

¹⁶ J. G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (1796-1797), trad. fr. A. RENAUT, Paris, Quadrige, 1998. L'auteur invente le concept de rapport de droit comme rencontre de deux êtres libres et raisonnables, il invente donc aussi l'intersubjectivité et rend compte ainsi de la possibilité d'une révolution française à partir de la liberté des sujets et s'oppose à l'historicisme qui implique une évolution spontanée et dépasse le criticisme de son maître Kant qui fonde le droit sur la morale alors que Fichte invente la science du droit en la distinguant totalement de l'éthique.

¹⁷ F. C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain. T. 1*, trad. fr. CH. GUENOUX, Paris, Didot, 1855.

¹⁸ Discussion à partir de : J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 172 ; « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne », dans le présent dossier. Cet auteur envisage la relation comme nécessairement préexistante au droit dans des cas qui sont à la fois imprévisibles et insaisissables ce qui suppose que la relation soit gouvernée par la confiance réciproque.

Olivier Jouanjan montre l'articulation chez Savigny entre le rapport de droit et l'institution : « un rapport de droit est un système dans un système qui, lui-même, est à la fois système de rapports juridiques et systèmes d'institutions juridiques. Le droit est organisme d'organismes »¹⁹. Cela ne signifie pas que l'institution au sens de Savigny est un organe ou une entité. Il s'agit d'institutions-concepts comme le montrent les exemples qu'il donne (succession, prêt, etc.). Il n'empêche que l'approche organique du droit peut prêter à confusion. Plus loin Savigny définit le rapport de droit :

« Le monde extérieur, c'est-à-dire le milieu où l'homme se trouve, l'assiège par une multitude de points de contact ; mais les plus importants sont ses relations avec les êtres ayant la même nature que lui et la même destinée. Pour que des créatures libres, ainsi mises en présence, puissent s'aider mutuellement et ne se gêner jamais dans le déploiement de leur activité, il faut qu'une ligne de démarcation invisible circoncrive les limites au sein desquelles le développement parallèle des individus trouve indépendance et sécurité. La règle qui fixe ces limites et garantit cette liberté s'appelle droit. [...] Sous le point de vue où nous nous sommes placés, chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère. Dès lors, tout rapport de droit se compose de deux éléments : 1° une matière donnée, c'est-à-dire la relation elle-même ; 2° l'idée de droit qui règle cette relation. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, comme un simple fait ; le second, comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui impose, la forme du droit.²⁰ »

Le rapport de droit comporte donc deux éléments selon Savigny, l'élément matériel ou factuel qui est une relation humaine et un élément formel qui est la détermination du rapport par une règle de droit. Le tout forme une frontière de telle sorte que chacun ait son espace de liberté. Il fait référence à la volonté libre, dans l'ouverture du paragraphe 53 sans véritablement en faire la clef de sa pensée. O. Jouanjan montre que Puchta et Gerber ont critiqué la définition savignicienne du rapport de droit car elle comporte un élément factuel (la relation) et ne repose pas entièrement sur la volonté prise dans un sens abstrait et kantien (a priori). Sinon, selon ces auteurs, le droit ne peut être un système pur²¹. Au XX^e siècle, Bobbio a critiqué les auteurs se référant à la notion de rapport de droit car une règle de droit précède nécessairement le rapport pour le déterminer. C'est donc bien la norme qui serait première et fondamentale en droit²². De nombreux auteurs continuent, par ailleurs, d'affirmer que Savigny n'a pas suffisamment dégagé le rapport de droit des droits subjectifs (liés à la volonté individuelle)²³.

¹⁹ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne 1800-1918*, Paris, PUF, 2005, p. 16.

²⁰ *Op. cit.*, paragraphes 52-53.

²¹ O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 212.

²² N. BOBBIO, « Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico », in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turin, 1955, p. 53 et s. L'auteur critique les théories du droit fondées sur la relation juridique (celle d'Alessandro LEVI ou Bernardino CICALA) comme ce qui risque d'atomiser la société.

²³ Par ex. A. GUZMAN BRITO, art. précit.

Il paraît possible d'actualiser et d'adapter la pensée de Savigny tout en maintenant la prééminence donnée au rapport de droit dans la dogmatique juridique. On peut avancer que le rapport n'est pas un ensemble composé de deux éléments mais un dispositif²⁴. De même, le rapport ne crée pas un espace de liberté pour chaque individu mais plutôt un espace sous l'égide d'un tiers entre deux entités. La liberté ne provient pas de la volonté de chaque individu mais du rapport de droit qui crée un espace de liberté entre deux entités autonomes (sinon il s'agit d'une situation d'esclavage). Cet espace peut être dit symbolique dans le sens originaire du terme *symbolon* : un objet de reconnaissance coupé en deux de telle sorte que les deux parties à un rapport en aient une trace et une preuve. Il y a un espace invisible symbolisé par un objet, un geste ou un document écrit (par ex. le document contractuel et ses éventuels avenants qui « formalisent » le lien contractuel invisible). Le lien contractuel invisible n'est pas matériel et le terme de formalisation ne veut pas dire qu'il y a un rapport matériel prenant une forme qui ne fait pas partie de sa définition. Le rapport de droit est la construction symbolique du rapport humain (qui n'existe pas en dehors de cette symbolisation). Ce dispositif suppose un tiers de référence (pouvant juger) et même, semble-t-il, très souvent, une quatrième entité en position de témoin.

La règle de droit ne fait pas partie de cette définition du rapport de droit. Toutefois une règle peut naître de l'interaction des parties à un rapport de droit (ex. : les règles prévues par les parties à un contrat) ou provenir de l'extérieur du rapport de droit en question (mais d'autres rapports de droit – ex. : le droit supplétif du contrat dans le Code civil provenant de l'interaction des parlementaires). Ce dispositif s'insère dans une dogmatique, c'est-à-dire un système de concepts et se trouve à sa base. Tel rapport de droit peut ainsi s'inscrire dans l'institution du prêt au sens du concept juridique de prêt et de son régime. Dans cette optique, comme le fait Savigny, il ne convient pas d'opposer le droit subjectif de l'individu au droit objectif provenant de l'État. Les droits subjectifs sont les attributions des parties à un rapport de droit et ce que l'on appelle le droit objectif est l'ensemble des règles qui se sont formées dans des rapports de droit. Bien sûr le système peut devenir complexe : tout un ensemble de rapports de droit peut constituer une institution au sens d'un organisme acquérant la personnalité juridique et pouvant conclure des actes juridiques créant des rapports de droit. Pour O. Jouanjan, Savigny serait aujourd'hui qualifié de communautarien car il ne conçoit pas l'individu comme séparé des autres ainsi que le font les libéraux²⁵. À vrai dire, étant donné la recherche générale d'unité de Savigny, il n'est pas certain qu'il se réfère à une communauté pour la construction de son système. L'individu

²⁴ G. AGAMBEN, *Qu'est-ce qu'un dispositif?* Paris, Payot, 2007.

²⁵ *Op. cit.*, p. 173.

n'est certes jamais séparé des autres mais c'est dans les rapports de droit qu'il est uni.

Les rapports de droit public construisent, de leur côté, l'entité étatique. J.-Y. Chérot critique l'approche relationniste en disant qu'elle est impossible car elle confond le fait et le droit²⁶. À vrai dire, le fait est déjà du droit en ce qu'il est qualifié et souvent prouvé selon un raisonnement qui est lui-même juridique (ex. à travers une présomption). Ce qui est entendu comme droit dans une telle critique est l'ensemble des normes qui indiquent ce que doit être un rapport de droit. Mais on peut concevoir le droit de manière plus large on y incluant non seulement les normes mais aussi les personnes, les droits et les rapports de droit.

4.- Occurrences des rapports de droit

La notion de rapport de droit est présente dans différents codes (par exemple : le Code civil italien, le BGB et le ZPO allemands, le Code civil portugais, le code civil roumain, le nouveau code civil chinois entré en vigueur en 2021, etc.) comme une notion générique non définie. En allemand, la notion de *Rechtverhältnis* a pu servir pour définir la personne juridique comme étant capable d'avoir des rapports de droit²⁷. En français, elle partage cette fonction définitionnelle avec la notion de lien de droit qui a une connotation plus personnelle (lien conjugal, lien de filiation, etc.). On définit ainsi l'obligation comme un lien de droit, on parle de rapport d'obligation, de rapport contractuel, de lien d'instance, de lien de nationalité, etc. Parfois, en français le terme de relation juridique est mobilisé, apparemment pour des situations se trouvant à la limite du fait et du droit : la relation d'affaire, la relation commerciale ou la relation numérique²⁸. Le terme de relation juridique n'est pas davantage défini et joue également le rôle de terme pré-juridique qui permet de saisir une situation juridique nouvelle pour en tirer des conséquences (la rupture de la relation commerciale, la corruption dans la relation d'affaire, l'interopérabilité pour la relation numérique entre les justiciables et les gens de justice). On peut tout de même noter que quelques auteurs (Savigny le premier puis de nombreux disciples à travers le temps et les continents) ont essayé de donner un contenu plus technique à ces notions sans véritablement réussir. Des auteurs critiques ont pu laisser entendre que le concept de rapport de droit se ramenait à celui de droit subjectif (Jhering).

²⁶ J.-Y. CHEROT, « Conclusions », in M. DEVINAT, M. SAMSON, G. AZZARIA (dir.), *Les écoles de pensée en droit – Legal Schools of Thought*, éd. RDUS, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2021, il a formulé sa critique à l'oral lors du colloque de Québec publié dans ces actes.

²⁷ A. GUZMÁN BRITO, art. précit.

²⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 dit Justice du XXI^e siècle, article 3 I. Les huissiers de justice, les notaires, les commissaires-priseurs judiciaires, les avocats, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les commissaires aux comptes et les experts-comptables proposent à leur clientèle une relation numérique dans un format garantissant l'interopérabilité de l'ensemble des échanges.

En *common law*, le vocabulaire ne paraît pas vraiment fixé et il n'existe pas d'usage définitionnel important de la relation de droit, à notre connaissance²⁹. On fait parfois des références à la notion de *legal relation* (Nedelsky, *Law's relations*), *legal relationship* (*Black's Dictionary*), *legal bond*, *legal tie*, etc. Il ne semble pas qu'il existe un concept de relation juridique en *common law* sauf chez Hohfeld qui y voit une relation entre prérogatives (droit/devoir ; pouvoir/incapacité, etc.), alors même que l'on peut noter l'émergence d'une approche relationnelle du droit. Il s'agit alors davantage d'une approche philosophique et axiologique du droit (Nedelsky) même s'il existe des tentatives de construire des concepts relationnels tels que le contrat relationnel, l'approche relationnelle de la propriété (Y. Emerich³⁰), de la famille³¹, ou du droit international public³². Il faut dire qu'en *common law*, ce qui compte sont les faits à partir desquels un précédent est dégagé par le juge. Ces faits peuvent être composés de relations humaines empiriquement observées même si, en réalité, on peut tout à fait les qualifier juridiquement selon les cas de liens de famille, de liens contractuels ou de liens du travail.

On pourrait donc dire que la relation est première dans le sens où elle sert de terme pré juridique et générique pour définir des concepts juridiques, mais qu'en revanche, il ne s'agit pas d'un concept technique général susceptible d'être intégré dans une théorie générale du droit. À cela s'ajoute, que, en *common law* plus particulièrement (ex. de Nedelsky) mais aussi souvent en *civil law*, les relations humaines sont considérées comme préexistantes au droit, ce dernier venant justement réguler ces relations (dans la version anglaise du code civil chinois, par exemple, il est dit à l'article 1 : « *This Law is formulated in accordance with the Constitution of the People's Republic of China for the purposes of protecting the lawful rights and interests of the persons of the civil law, regulating civil-law relations* »). L'empirisme dominant dans la sphère anglo-américaine conduit logiquement à cette position, tandis qu'un certain positivisme dominant au cours de ces deux derniers siècles dans les pays de *civil law* invite à étudier principalement les règles et les normes sans creuser juridiquement la notion de relation humaine.

²⁹ On peut noter toutefois une jurisprudence importante sur l'intention de créer une relation juridique

au Royaume-Uni (V. J. ASHTON [co footnote asterisk 1](#) and J. TURNER, « A contemporary reimagining of the intention to create legal relations doctrine », *Journal Article, Journal of Business Law (J.B.L.)*, 2022, 4, 283-306) et une autre appliquant une disposition du code fédéral (28USCA 2201) permettant à une partie de demander à un juge la reconnaissance d'un droit ou d'une relation juridique (*declaratory judgment*).

³⁰ « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystémique de la propriété », *Revue générale de droit*, Vol. 38, n° 2, 2008, <https://doi.org/10.7202/1027040ar>.

³¹ J. WALLBANK, S. CHOUDHRY and J. HERRING, *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, 2010, spéc. p. 257 et s.

³² J. BRUNNÉE et T. TOOPE, *Legitimacy and Legality in International Law, an Interactional Account*, Cambridge University Press, 2010.

5.- Les indices d'appréhension du droit par la relation

Pourtant plusieurs indices peuvent faire réfléchir. Tout d'abord, on peut noter une montée des approches relationnelles dans de nombreuses disciplines aussi bien dans les sciences dures (Abitbol)³³, que dans les sciences humaines (anthropologie Houseman)³⁴ et les arts (Bourriaud art relationnel)³⁵. Le droit dont le cœur de métier consiste à organiser des relations humaines voire à régler des conflits n'aurait-il rien à dire sur les relations entre personnes³⁶ ? Est-ce que réguler une relation humaine n'est pas aussi la forger ou, à tout le moins, la reconnaître ? Lorsque le mariage dit pour tous est devenu possible, ce sont des liens humains qui ont été reconnus et donc, d'une certaine façon, créés. Mais si le droit fait émerger des liens humains sur le devant de la scène social, c'est bien qu'il ne se contente pas de les réguler ou même de les formaliser. L'amour, disait Hanna Arendt, est hors société dans sa phase secrète ; lorsqu'il devient public on met en place des partenariats (PACS), on reconnaît des concubinages ou bien l'on célèbre des mariages.

Ce n'est pas tout : dans certaines disciplines une dogmatique complexe repose sur la notion de rapport de droit. C'est le cas de la procédure depuis des auteurs allemands du XIX^e siècle tels que Bülow et Kohler, des auteurs italiens du début du XX^e siècle tels que Chiovenda et en France un auteur tel que Vizioz. On retient l'idée que techniquement le procès est un ensemble de liens procéduraux : le lien d'instance entre des parties sous l'égide du juge, le lien statutaire entre les parties et le juge voire un lien de service public de la justice avec la juridiction et le greffe. Ces notions peuvent être critiquées ou ne pas être utilisées par certains spécialistes³⁷, elles continuent pour autant d'être employées par d'autres et par les juges. De la même manière, le droit de la famille est un ensemble complexe de liens de droit et des discussions ont lieu sur des notions génériques telles que les liens familiaux, les liens de famille, les liens beaux-parents/beaux enfants³⁸ etc. De même, le droit de la nationalité est irrigué de questionnement sur le sens, le

³³ M. BITBOL, *De l'intérieur du monde, pour une philosophie et une science des relations*, Flammarion, 2010.

³⁴ M. HOUSEMAN et C. SEVERI, *Naven ou Le donner à voir. Essai d'interprétation de l'action rituelle*, éd. CNRS, 1994 et M. HOUSEMAN, *Le rouge est le noir*, Presses Universitaires du Mirail, 2012.

³⁵ *Esthétique relationnelle*, 1998, Presses du réel.

³⁶ On notera que dans un ouvrage sur le lien que toutes les disciplines de sciences humaines ont été convoquées sauf le droit in *Relions-nous. Les liens qui libèrent*, 2021.

³⁷ J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtlage, Eines Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, l'auteur utilise la notion de rapport de droit mais trouve qu'elle complique l'analyse du procès et que la doctrine processualiste a tort de laisser entendre que le rapport processuel est composé de droits et d'obligations comme le lien contractuel alors qu'il comporte surtout des charges du côté des parties et un office (service) du côté du juge.

³⁸ H. FULCHIRON, « Le lien familial », revue *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n° 50 ; J. HERRING, « Relational Autonomy and Family Law », in J. WALLBANK, S. CHOUDHRY and J. HERRING, *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, 2010, spec. p. 257 et s.

contenu et l'intensité du lien dit de nationalité³⁹. Mais il n'est pas jusqu'au droit administratif qui n'échappe à ces interrogations : la notion de rapport de droit public a émergé également avec Savigny et est au fondement du droit public en Allemagne, en Italie voire en Suisse. Les notions de service public et de prérogatives de puissance publique ont fondé en France le droit administratif. Le besoin se fait pourtant sentir de mettre en lumière les rapports entre les administrés et les administrations⁴⁰.

Que faire de tous ces indices, faut-il laisser le rapport du droit au seuil de la pensée juridique et de la théorie du droit ? Faut-il en faire simplement une notion de fait – la relation humaine – pris en compte par le droit ?⁴¹. Il me semble qu'à tout le moins une exploration s'impose, des hypothèses méritent d'être soulevées, un débat doit avoir lieu. Ses enjeux sont évidemment complexes et plus ou moins conscients : réfléchir sur le rapport de droit public revient à s'interroger sur l'État et éventuellement à critiquer le caractère trop vertical et unilatéral de la théorie publiciste ; réfléchir sur le rapport de droit processuel, revient à se demander quelle est la place et le pouvoir du juge (n'est-il pas trop interventionniste voire autoritaire ?) ; réfléchir sur les liens familiaux conduit à se demander jusqu'où on peut aller dans la reconnaissance des relations beaux-parents/beaux-enfants avec toutes les conséquences juridiques que l'on pourrait en tirer (en matières financière et de succession particulièrement). Il est même des secteurs où la réflexion sur le rapport de droit conduit à ouvrir une véritable boîte de Pandore : en droit du travail on se demande depuis plus de 50 ans s'il existe une relation de travail à côté du contrat de travail et notamment un lien d'entreprise⁴². Le salarié qui entre dans une entreprise, voire la personne mise à disposition par un autre employeur, est lié au groupement par un lien d'appartenance alors même que l'entreprise regroupant les salariés et l'employeur n'a pas la personnalité morale⁴³. Il peut même exister des situations où un non salarié exécute un travail vis-à-vis d'une entreprise jusqu'à ce qu'il soit finalement qualifié de salarié⁴⁴. Dans ces cas, le lien d'appartenance à l'entreprise précède l'autonomisation des relatés tels que le potentiel salarié et l'entreprise n'ayant pas la personnalité juridique (à ne pas confondre avec la société commerciale qui a la personne morale). L'arrêt *Albron* (CJUE 21 oct. 2010, C-242/09) permet la cession non seulement des contrats de travail lorsqu'une société a été reprise par une autre mais aussi des relations de

³⁹ E. PATAUT, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014 ; H. FULCHIRON, « Droit de la nationalité », *Jcl internationale* 2020.

⁴⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations puis un code des relations entre le public et l'administration, issu de l'Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration 2021, v. : J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *D.* 2000, p. 575.

⁴¹ J.-Y. CHEROT, précit.

⁴² A. BRUN, *Le lien d'entreprise*, *JCP* 1962, I 1719

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Affaire *Uber* : Cass. Soc., 4 mars 2020 n° 19-13.316 ; 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079.

travail entre l'entreprise et les employés mis à disposition alors qu'il n'existe pas entre eux de contrat de travail. Il peut, je crois, exister un lien de droit entre un humain et des entités naturelles justifiant, en cas de différends, un recours en justice alors que l'entité vivante n'a pas la personnalité juridique. Dans un tout autre domaine, on notera combien l'étranger est peu reconnu comme sujet de droit⁴⁵ et combien son lien à l'État français est précaire. Si le lien d'hospitalité était mieux reconnu juridiquement, la nature de sujet de droit de l'étranger en serait renforcée. En droit international public, on notera que c'est la reconnaissance d'un État émergent par un état déjà existant qui fait du premier un sujet du droit international. Enfin, la personne qui est intersexe a encore beaucoup de mal à être considérée dans sa spécificité et à lier des rapports durables⁴⁶. On pourrait m'objecter que je n'ai pris que des exemples exceptionnels (l'étranger, l'intersexe, l'enfant à naître, la société dépourvue de personnalité juridique, la tribu, le fiduciaire non-proprétaire du bien⁴⁷, etc.) et que le principe est bien celui de la formation de liens entre des sujets de droit préexistants. Statistiquement peut-être, quoique les liens d'appartenance à l'entreprise, la nation ou la famille soient fort nombreux et qu'ils unissent des personnes physiques à une entité n'étant pas sujet de droit car ni la famille, ni la nation ni l'entreprise n'ont la personnalité juridique. Il n'empêche que dès lors qu'il peut exister une seule relation de droit sans relatés, sujets de droit, alors la relation prime sur les relatés et est donc bien première. Sans doute que la plupart du temps lorsqu'il manque un relaté, l'autre est quand même présent : dans la relation entre l'enfant à naître (art. 725 CC, qui peut hériter s'il a été conçu pendant la période légale) et le parent, le parent est bien sujet de droit. Ce serait sans doute un cas d'école mais on peut imaginer qu'une tribu (quelques actions engagées par des tribus mélanésiennes sans personnalité juridique ont été jugées recevables⁴⁸) agisse contre une société dépourvue de personnalité juridique⁴⁹. Dans ce cas la relation est première par rapport aux relatés et plutôt que d'y voir un cas limite, on peut y voir l'indice que la relation juridique a toujours la potentialité d'exister sans relatés/sujets de droit. On peut dès lors admettre une relation juridique entre un humain et une entité naturelle qui n'aurait alors que

⁴⁵ C. DE VULPILLIERES, *Les Portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, Thèse Nanterre, 2019.

⁴⁶ V. la contribution de B. MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky », dans le présent dossier.

⁴⁷ Ou un trustee dans l'intérêt d'un trust, Aix-en-Provence, 4 févr. 2004, RG n° 98/5533.

⁴⁸ Nouméa, 9 avr. 1987, *JCP G* 1987, II, 20880, note VIVIER *contra* Paris, 20 déc. 1976, *D.* 1978, 373, note AGOSTINI.

⁴⁹ Cass. 2^e civ., 24 mars 1993, n° 91-18611 voire action par une société dissoute qui commence par la décision d'un mandataire judiciaire à la demande des anciens associés de la société dissoute : Civ. 2^e, 12 avr. 2012, n° 11-19.865. Le droit est subtil en ce domaine car une société radiée du registre du commerce et des sociétés n'a pas pour autant perdu sa personnalité juridique, cependant la nomination d'un mandataire judiciaire pour la représenter peut passer par une ordonnance sur requête la visant comme potentielle partie puisque sans représentant elle ne peut participer au contradictoire : Cour de cassation, 3^e civ., 17 septembre 2020, n° 19-14.163 (F-D), *Revue des sociétés*, 2021, p. 102 note R. LAHER.

des droits et non des devoirs, voire une relation entre un humain et une machine si son altérité, son autonomie et sa singularité étaient, un jour, établies⁵⁰. En droit de l'environnement, se pose la question redoutable de la relation des humains avec les non humains. L'investigation conduit dans un labyrinthe dont on ne ressort que difficilement et seulement peut-être avec une nouvelle hypothèse. Si l'on reste dans la lignée de Savigny, on se retrouve si proche du concept de droit subjectif que l'on retombe dans le débat sans fin sur ce dernier concept : les entités naturelles ont-elles des droits ? Si les sujets et les règles de droit précèdent – en logique – le rapport de droit, alors celui-ci n'est qu'une résultante sans grande conséquence et épaisseur qui se confond plus ou moins avec les prérogatives des sujets reconnues par le droit objectif (les lois et les décrets).

Pour reprendre l'exemple du mariage pour tous : deux sujets de droit remplissant des conditions d'âge sont autorisés en vertu de la loi à se marier et donc à former un lien conjugal. Le rapport de droit arrive en fin de parcours comme une forme donnée à un rapport factuel préexistant entre deux sujets. La place du rapport de droit dans la dogmatique juridique reste donc secondaire et passive.

L'hypothèse difficile qui vient alors à l'esprit lorsque l'on poursuit la réflexion est que, peut-être, la relation juridique est première, non pas historiquement mais en logique. Cela paraît contre intuitif mais il existe quelques exemples procéduraux qui peuvent passer au départ pour de rares exceptions : une tribu, comme on l'a vu, a été admise à agir en justice alors qu'elle n'avait pas la personnalité juridique⁵¹, un procès peut être engagé contre une société commerciale qui a déjà disparu mais dont il reste quelques biens à liquider⁵², l'autorité de la concurrence qui n'a pas la personnalité morale est une quasi-partie dans la procédure d'appel contre sa décision⁵³. On pourrait considérer que la procédure est assez réaliste pour permettre des procès entre des parties qui n'ont pas toute la personnalité juridique

⁵⁰ Nous nous permettons de renvoyer à notre article, « Intelligence artificielle et Justice : une approche interhumaniste » in *Le droit de l'intelligence artificielle*, dir. G. LOISEAU et A. BENSAMOUN, 2^e éd. LGDJ, 2022.

⁵¹ En faveur de l'action en justice : Nouméa, 9 avril 1987, *JCP* 1987, II, 20820, note VIVIER.

⁵² Cass. 2^o Civ., 24 mars 1993, n^o 91-18611, *Bull.* II, n^o 125.

⁵³ Article R. 464-11 modifié par Décret n^o 2012-840 du 29 juin 2012, art. 1 : « L'Autorité de la concurrence est partie à l'instance selon les modalités prévues au présent chapitre ». L'article L. 464-8 prévoit que : « Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité. Le ministre chargé de l'économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ». La possibilité pour le président de l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'économie de se pourvoir en cassation ne vient pas limiter le champ des parties pouvant se pourvoir en cassation mais, au contraire, fait entrer dans ce champ des entités qui n'ont pas la personnalité juridique tout en prévoyant leur « représentation » : le président pour l'Autorité de la concurrence (le terme de représentation est impropre puisque l'Autorité de la concurrence n'a pas la personnalité juridique, on devrait dire que le président de l'Autorité agit en lieu et place de l'Autorité ou en substitution de l'Autorité) et le ministre de l'économie pour l'État.

afin de régler des questions de fond concernant des sujets de droit. Des exemples en matière fiscale de taxation de patrimoine sans personnalité juridique⁵⁴ pourraient être traités de la même manière : le réalisme du droit fiscal justifie que l'on aille recueillir l'argent là où il se trouve sans que pour autant cela remette en cause les catégories juridiques classiques concernant la personnalité juridique. L'argument tombe un peu à plat pour le droit du travail : si l'on reconnaît l'existence d'un lien d'entreprise en admettant que l'entreprise est distincte de la société commerciale qui a la personnalité juridique, alors on met à jour un rapport de droit entre un sujet de droit et un non-sujet de droit (l'entreprise). Cependant, c'est parce que cette conséquence n'est guère admise que le concept de lien d'entreprise n'a jamais été complètement admis malgré son utilité (notamment pour caractériser la relation entre un non salarié tel qu'un intérimaire et la société d'accueil dont il n'est pas salarié)⁵⁵. L'hypothèse de la relation première est donc fragile mais n'apparaît pas totalement sans fondement à ce stade. Le droit comparé fournit d'autres exemples : un procès contre un patrimoine affecté sans personnalité juridique est possible au Canada, un procès engagé par des entités non humaines est permis maintenant dans de nombreux pays (Nouvelle-Zélande, Bolivie, Pérou, etc.). Il est vrai que, dans ces derniers cas, de nombreux auteurs plaident pour la reconnaissance de la personnalité juridique des entités non humaines, ce qui réglerait la question de leur recevabilité devant les tribunaux. Rendu à ce point de l'investigation, on se retrouve au milieu du gué : soit l'on revient en arrière par crainte de ce que l'on va trouver devant soi et l'on se contente de noter quelques exceptions admises par le droit, soit l'on continue d'avancer et l'on se retrouve en terrain inconnu.

6.- La relation précède ses termes

Si l'on considère que les exemples donnés ci-dessus ne sont pas des exceptions mais des expressions éventuelles d'un système de concepts plus complet et réaliste alors il faut aller jusqu'au bout de la réflexion et poser que la relation juridique est première, en logique. Les notions de personne, de norme et même de prérogatives juridiques arrivent dans un second temps. Certes, statistiquement il y a beaucoup plus de cas dans lesquels deux sujets de droit créent un lien de droit que

⁵⁴ J. TSCHURTSCHENTHALER, *Théorie fiscale des entités dépourvues de la personnalité morale*, thèse Paris 1, 2020 : « Ce travail analyse la manière dont le droit fiscal appréhende les entités dépourvues de la personnalité morale. Si la reconnaissance de la personnalité morale doit s'entendre comme une technique d'imputation de droits et d'obligations, certaines entités françaises se voient reconnaître la qualité de personne par le droit fiscal, alors qu'elles sont dépourvues de cette qualité sur le plan du droit privé. Le droit fiscal français confère à ces entités des droits et des obligations en matière fiscale, notamment dans la phase de l'établissement de l'impôt et du contrôle fiscal (personnalité fiscale affaiblie). Parfois, le droit fiscal leur reconnaît même la qualité de contribuable et celle d'acteur dans le cadre du contentieux fiscal (personnalité fiscale affirmée). Ce constat incite à une réflexion sur l'existence d'un fondement théorique pouvant justifier ce processus de personnification ».

⁵⁵ A. BONARDI, *L'appartenance du salarié à l'entreprise*, Thèse, Paris II, 2021.

d'hypothèses dans lesquelles l'une des parties n'a pas la personnalité juridique. Dès lors, en effet, qu'une entité est suffisamment « parcourue » de relations juridiques, elle peut devenir un sujet de droit et devenir partie en tant que sujet à de nombreux autres rapports de droit. Pour autant, ce sont bien les rapports de droit qui forgent le sujet de droit et non pas l'inverse. Le sujet de droit n'est pas tant celui qui est capable de devenir partie à un rapport de droit que le nœud d'un ensemble de relations juridiques.

Une objection peut alors être soulevée : il faut bien que la norme soit première en logique pour pouvoir créer un rapport de droit. Et l'on prendra de multiples exemples où la loi précède le rapport de droit : la loi dite sur le mariage pour tous en est l'illustration la plus parlante. Cependant, la norme ne sort pas de nulle part, il a bien fallu la discuter, l'amender, la rédiger. Il a bien fallu qu'elle donne lieu à des interactions législatives, judiciaires voire contractuelles. Certes, mais il fallait aussi des normes pour mettre en place ces interactions : une constitution pour organiser les liens politiques, une organisation judiciaire et un code de procédure civile pour les délibérations des juges, une loi pour organiser le droit contractuel. On s'enfonce alors dans un problème de type « œuf et poule » sans solution. Toutefois, la question que je pose n'est pas généalogique ou historique, elle est logique : il faut bien que des entités interagissent pour qu'émergent des normes. On pourrait dire dans une approche normativiste que ces interactions premières sont factuelles et non juridiques⁵⁶, et donc qu'il ne s'agit pas de rapport de droit. On dévie cette fois vers la question insoluble de ce qu'est le droit. Pour éviter cette nouvelle aporie, il ne reste, me semble-t-il, qu'une sorte de raisonnement : le raisonnement par l'absurde. Acceptons un instant que la relation juridique soit première, qu'est-ce que cela apporte au droit et est-ce que l'on rend ainsi mieux compte de ce qui se passe dans la vie du droit aujourd'hui ? Le droit est construit (et peut-être d'ailleurs sa construction peut-elle s'inspirer des relations naturelles !) mais pas n'importe comment : il repose sur des concepts permettant de saisir des phénomènes juridiques et de prévoir des conséquences. Le terme de contrat permet ainsi de saisir ce qu'il se passe entre deux parties et de lui appliquer un régime. Il ne s'agit pas ici d'affirmer qu'il existe une vérité du droit et de dire que le rapport de droit est une réalité observée comme l'on peut observer des phénomènes chimiques. Il existe peut-être une telle réalité mais elle reste inatteignable, seuls les phénomènes juridiques que l'on observe dans la vie de tous les jours, les contrats, les jugements, les attestations de toute sorte sont observables à condition de forger des concepts pour s'en saisir. L'épistémologie juridique invite à ne développer tel ou tel concept que s'il peut rendre compte de phénomènes juridiques et de leurs conséquences. Le concept de rapport de droit joue un rôle paradoxal de ce point de vue et est peut-être resté sur le seuil du droit car il peine à rendre compte du plus insaisissable du droit : cet espace ou cette distance entre

⁵⁶ N. BOBBIO, art. précit.

les parties. Mais ce n'est pas tout ; le rapport de droit se trouve coincé entre une approche individualiste et une approche collectiviste du droit, entre le droit subjectif et le droit objectif. Considérer la relation juridique comme première fait courir le risque de diminuer la place de l'individu et de l'État dans la construction juridique.

Il existe même un problème de représentation mentale : comment penser une relation sans *relata* ? Une simple corde sans tireur ? Un espace vide au milieu de nulle part ? Certes, l'on pourrait encore admettre une relation juridique unissant une seule partie, sujet de droit, et une autre partie qui serait potentiellement sujet de droit (l'entreprise, l'embryon, l'entité non humaine, etc.) mais comment admettre une relation sans aucun sujet de droit ?

Or, certains philosophes⁵⁷ et scientifiques (en physique)⁵⁸ admettent qu'il puisse exister une relation sans *relata*. Sans vouloir importer ces positions (discutées) en droit, elles montrent qu'il est possible de l'admettre quoiqu'elle soit contre intuitive. Elle laisse pourtant perplexe en droit car elle sous-entend qu'il pourrait y avoir du droit sans humain et sans sujet. À vrai dire, cette situation vertigineuse n'existe pas vraiment. Il convient d'ajouter dans la réflexion, le collectif qui peut prendre la forme d'un groupe émergeant à côté d'une société constituée parce que l'on appelle le droit.

7.- Groupe et rapport de droit

La société n'est pas figée et évolue notamment avec l'émergence constante de nouveaux groupes (de pensées, d'actions, de création, etc.). Des anthropologues anglais (Turner, Douglas)⁵⁹ ont ainsi contesté l'approche purement structuraliste de la société en montrant qu'il émerge constamment des groupes au sein ou en marge des sociétés. Le rapport de droit n'est pas « au milieu de nulle part » de ce

⁵⁷ E. GLISSANT, *Philosophie de la Relation, poésie en étendue*, Gallimard, 2009, p. 73-74 ; E. HOUSSET, « L'intuition catégoriale de la relation : le renversement husserlien », *Les Études philosophiques*, 2017/2, n° 172, p. 289. L'auteur est un phénoménologue de la relation, il prolonge FICHTE et HUSSERL en plaçant en premier la relation et du coup en remettant en cause l'intersubjectivité qui suppose deux sujets précédant le lien ; V. MORFINO (Università degli Studi di Milano-Bicocca), « Ontologie de la relation et matérialisme de la contingence », trad. fr. N. GAILIUS, *Actuel Marx en Ligne*, n° 18 (18 mars 2003).

⁵⁸ A. MARMORDORO and D. YATES, *The Metaphysics of Relations*, Oxford University Press, 2016, spéc. J. LADYMAN, p. 181 : « Relationalism seems to have won and while spatiotemporal relations may not exist without material things there are not reducible to the intrinsic properties (locations in absolute space) of the latter », et p. 196 : « there may well be no simples, but rather entities that are fundamentally relational in nature » ; E. LADEVÈZE, *La loi d'universelle relation*, Paris, Felix Alcan, 1913 cité par le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par A. LALANDE, (1927), rééd. PUF, 2006 et M. BITBOL, *De l'intérieur du monde : Pour une philosophie et une science des relations*, Flammarion, 2010 ; E. BALIBAR, *La philosophie de Marx*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2014, p. 27-28

⁵⁹ M. DOUGLAS, *Natural Symbols*, Routledge, 2003 ; V. TURNER, *The Ritual Process: Structure and Anti-Structure* (1969) [fr. : *Le Phénomène rituel. Structure et contre structure*, Paris, P.U.F., 1990].

point de vue. Lorsqu'émerge un nouveau groupe, chaque membre a des rapports de droit préexistants mais pas encore au sein du groupe, le groupe est informel. Le groupe ne survivra pas à ses fondateurs sauf à devenir à son tour une institution ou une société. Il existe donc une dynamique permanente entre des groupes émergents et des institutions tentant de se maintenir et qui parfois disparaissent. C'est dans cette dynamique que la relation est première. Ainsi, l'entreprise qui n'a pas en tant que telle de personnalité juridique constitue un groupe comportant de nombreuses relations juridiques internes et externes qui la parcourent. La famille qui n'a pas non plus la personnalité juridique est un ensemble composé de rapports de droit (les liens familiaux). On peut dire la même chose de la nation quoique le terme décrive une réalité plus évanescence que celle de la famille et de l'entreprise.

On pourrait objecter que c'est le groupe qui est premier et non la relation de droit. Par ailleurs, le groupe relève du domaine des faits, donc le système de concepts juridiques n'est pas vraiment pur. Encore une histoire d'œuf et de poule : mais ne perdons pas de vue l'objectif. Il ne s'agit pas de décrire une réalité juridique palpable comme une réaction chimique. Il ne s'agit que de mettre à jour des concepts qui rendent compte de manière suffisante et utile des phénomènes juridiques. Or, il ne me semble pas que l'on ait absolument besoin d'une théorisation juridique du concept de famille, d'entreprise ou de nation alors que ce qui fait débat est le lien familial, le lien d'entreprise et le lien de nationalité. Il se peut cependant que cette remarque ne soit pas exacte en droit des contrats et des sociétés où les notions de groupe de contrats (ou de réseau) et de groupes de sociétés ont été fortement étudiées et mobilisées. Il s'agit cependant de cas où le groupe est postérieur à la formation des rapports de droit (les différents liens contractuels constituant le groupe de contrats ou le groupe de sociétés). On peut probablement en dire de même de l'action de groupe qui implique un ensemble de victimes du même professionnel, ayant donc un lien délictuel similaire avec ce professionnel. Ceci dit, le groupe est constitué progressivement lors du procès sans avoir la personnalité juridique et il ne me paraît pas exclu qu'un jour on admette qu'une entité non humaine (animal, fleuve ou montagne voire robot devenu suffisamment autonome) puisse faire partie d'un tel groupe.

La relation émerge au sein d'un groupe sans personnalité juridique composé de liens entre ses membres et de liens avec l'ensemble. Nous avons déjà cité la famille, l'entreprise et la nation, on pourrait ajouter le « pays » ou le « territoire », l'administration, les institutions juridictionnelles, la société civile, la société internationale, les réseaux de distribution et de l'Internet et même les groupes de créancier dans les procédures collectives. Une nouvelle relation émerge d'un groupe informel et peut constituer en son sein un espace symbolique avant même qu'il n'existe deux relatés. La structure des relations de droit peut ensuite conduire à reconnaître la personnalité morale à un groupement (société commerciale, État,

commune, etc.). Il semble cependant que l'on ne puisse pas se passer de ce vivier de liens qu'est le groupe. Ainsi au sein d'une famille entre les grands-parents et la fratrie, commence déjà à se creuser un lien de parenté avant qu'un enfant ne naisse, de même probablement qu'il se résorbe progressivement après le décès d'une des parties.

Ceci dit, l'hypothèse de la relation première ne saurait être retenue si l'on ne peut définir le rapport juridique de manière satisfaisante, c'est-à-dire permettant d'en tirer des conséquences. La définition de Savigny était sans doute trop proche de celle de droit subjectif ce qui explique peut-être que l'on n'ait jamais pu en fait une notion opératoire centrale. Korkounov reprochait à la fin du XIX^e siècle à l'école allemande⁶⁰ d'avoir retenu une approche trop volontariste et subjective de la notion de rapport de droit conduisant à la confondre avec le droit subjectif (chez Windschied). À la génération suivante de l'école russe⁶¹, Petrazycki donne de l'importance au rapport de droit comme rencontre entre une attribution à une partie et une sujétion faite à l'autre : il écrit que, à proprement parler, le rapport de droit n'existe pas en dehors du monde des idées mais qu'il repose sur des événements psychologiques d'attribution (en tant que droit subjectif) et d'impérativité (en tant que devoir)⁶². Le devoir est lié à une émotion d'impérativité et le droit à une émotion d'attribution. Il y a droit dès lors qu'il y a réciprocité entre deux personnes et il y a morale lorsque n'existe qu'une impérativité sans attribution. Le rapport de droit qui n'est qu'une projection de ces phénomènes psychologiques n'existe pas, mais traduit la réciprocité qui est au centre de sa théorie. Le droit dont l'origine est psychologique peut être positif s'il y a des faits normatifs ou intuitifs en l'absence de norme extérieure. L'amitié fait partie du droit intuitif. Il n'existe pas de relation de fait ; la relation humaine est construite par le droit comme projection de la réciprocité d'attribution-impérativité. Il tente lui aussi d'avoir une approche objective du rapport de droit et de ne pas tomber dans le subjectivisme générant des confusions entre les notions de rapport et de droit. À vrai dire comme chez Savigny influencé par Kant et peut-être Fichte, le rapport de droit est d'abord perçu comme un binôme préexistant à la rencontre avec l'État en tant que producteur d'un droit objectif et rationnel. Il me semble que le tiers doit d'emblée apparaître dans la définition sans pour autant que ce tiers soit nécessairement l'État.

⁶⁰ N.-M. KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. fr. TCHERNOFF, Paris, Girard et Brière, 1903, § 27, 2^e éd. 1914, spéc. p. 216-217 qui écrivait : « Les hommes, en tant qu'ils se guident sur les normes juridiques, transforment leurs rapports sociaux en rapports juridiques ».

⁶¹ M. ANTONOV, « E. Ehrlich and Leon Petrazicki, Are Emotions a Viable Criterion to Distinguish Between Law and Morality? », In B. BROZEK, J. STANEK and J. STELMACH, *Russian Legal Realism*, Springer, 2018, p. 127.

⁶² L. PETRAZYCKI, ouvrage précité.

8.- Théorie relationniste du droit

Si l'on admet que la relation de droit est première en logique, que la dogmatique juridique peut utilement reposer sur cette notion réactualisée, alors on peut être amené à défendre une théorie du droit relationniste. Il ne s'agit pas de nier l'importance des notions fondamentales de la dogmatique habituelle, telles que les actes, les personnes, les normes et les prérogatives juridiques mais de réactualiser un concept qui crée une dynamique et rende compte de phénomènes juridiques laissés sinon dans l'ombre (entité sans personnalité juridique, lien à ces entités ou groupe, rituel juridique, émotions des parties prenantes, etc.).

Le relationnisme juridique ne vise pas seulement à placer logiquement en premier le rapport de droit et à rendre compte de phénomènes juridiques problématiques. Il comporte aussi une méthode. Penser en termes de relation avant de penser en termes purement logique et normatif implique, on l'a vu, d'intégrer à la théorie juridique les émotions et donc les récits, notamment le récit des faits dans un procès et les préambules des normes⁶³. Eux non plus ne sont pas hors droit, la logique syllogistique et même argumentative ne recouvre pas tous les discours en droit. Il ne s'agit pas de nier l'importance de la rationalité en droit mais de faire une place à des récits impliquant davantage les émotions. L'amphibologie des termes de relation et de rapport, signifiant à la fois connexion et récit, n'est certainement pas due au hasard : une relation se déroule dans le temps, a un point de départ, des incidents et une fin. Cette remarque pourrait conduire à affirmer de nouveau que la relation fait partie des faits et non du droit, qu'elle est organique comme le pensait Savigny. Néanmoins, elle est aussi ce qui permet de passer des faits au droit : c'est le cas des rapports processuels qui impliquent des devoirs et des prérogatives des parties et du juge se répartissant les tâches d'allégation des faits, d'administration de la preuve, de qualification, d'interprétation et d'évaluation. De même, qu'il existe un roman familial impliquant tous les rapports de parenté, il existe un récit contractuel des relations commerciales habituelles. Dans la relation processuelle, on passe de ce qui est, de ce qui a été à ce qui doit être dans le futur tout en transitant par le pouvoir être du droit ou le potentiel du droit provenant des interactions entre les parties et les juristes.

Selon l'approche relationniste, les professions judiciaires y compris universitaires ne remplissent pas des fonctions purement utilitaires mais avant tout des fonctions symboliques, elles sont composées « d'initiés » qui aident des non-initiés à transformer leur rapport de droit. La rencontre progressive entre les faits et le droit qui implique de réfléchir à la potentialité du droit justifie la méthode du relationnisme mise au point par un groupe de chercheurs : l'Oudropo,, l'ouvrage de droit potentiel. Le relationnisme implique de mener des recherches au

⁶³ F. OST, *Le droit ou l'empire du tiers*, Dalloz, 2021.

sein d'un groupe informel et évolutif composé de juristes et de non-juristes qui ne s'enferme pas dans la logique des normes. À vrai dire, les membres de l'Oudropo,, ont chacun leur préférence en termes de théorie du droit⁶⁴ et il n'y a pas de relations nécessaires entre l'Oudropo,, et le relationisme. Il n'empêche que l'Oudropo,, correspond à la parfaite méthode pour rendre vivants et évolutifs les rapports de droit, pour mêler émotion et raison, pour expérimenter des nouveaux rites juridiques, pour articuler droit et littérature en acte. L'Oudropo,, vise à imaginer du droit potentiel à partir de contraintes que l'on s'impose librement : ajouter des virgules dans une norme, transformer une norme en émoji, réécrire un arrêt en style millénium, profiter d'un voyage en bus de 20 minutes pour écrire 5 règles pour l'après Covid-19, faire émerger de potentiels concepts juridiques (fantôme, zombie, jauge, sérénité, langueur, etc.). Il est remarquable que toutes ces contraintes visent à imaginer des modifications dans les rapports de droit, à les rendre plus imprévisibles, plus vivants.

La potentialité dans la dogmatique juridique allemande du XIX^e siècle repose sur la volonté de chaque individu pouvant créer les rapports qu'il souhaite. Si la relation est première alors la potentialité du droit n'est pas dans l'individu mais dans l'interaction entre les parties à un rapport de droit.

Conclusion

Le droit étant une science construite de concepts, la notion de rapport de droit particulièrement insaisissable peut être retenue ou ignorée selon son utilité et peut-être une forme de vérité. Son utilité ne se fait pas sentir partout et de manière impérative. Tout d'abord, dégager les rapports de droit dans un cas donné par un schéma des liens permet de se donner une vision générale de l'affaire. Le concept est souvent utilisé de manière négative pour en tirer des conséquences juridiques : il n'y a pas de relation juridique entre A et B donc B peut intervenir comme tiers au procès, ou bien être juge dans un procès contre A, par exemple. Il sert aussi à déterminer la compétence d'un juge comme s'il s'agissait de situer un rapport de droit substantiel (le contrat de travail, le rapport de droit public, le lien conjugal, etc.). Il peut servir par ailleurs pour comprendre des situations où il manque un sujet (impliquant une société dissoute, par exemple), puisque la relation nous paraît première par rapport à ses termes (par exemple dans le lien d'entreprise ou le lien familial). Le régime d'un lien juridique bien établi peut servir pour un autre lien en raisonnant par analogie : le régime de l'obligation permet d'approfondir le lien d'instance par exemple (par ex. les questions de suspension, de reprise d'instance ou de substitution dans le lien). La recherche de l'équilibre entre les parties et de leur autonomie peut être un guide pour dégager des solutions dans des conflits entre parties. Certes, le terme de rapport de droit n'est pas absolument

⁶⁴ P.-Y. VERKINDT défend le solidarisme.

nécessaire dans ce cas et l'on peut se contenter notamment des vices du consentement ou du droit de la concurrence pour traiter des déséquilibres entre les parties. La notion permet tout de même de mettre un mot sur la situation en cause. Enfin, creuser la notion de rapport de droit peut donner l'occasion d'approfondir la place du corps (envisagée dans le groupe Oudropo,, par un travail physique sur l'équilibre et la confiance), de l'émotion et des rituels.

Derrière la question de l'utilité de la notion de rapport de droit, qui n'est pas ici une question d'efficacité, se pose la question de la vérité en droit, la vérité des situations juridiques se combinant avec l'adéquation des concepts. Si administrer la preuve dans un litige consiste à déterminer ce qui s'est passé de négatif dans un rapport pour parvenir à le transformer positivement, il apparaît que la vérité juridique est une question relationnelle. Dès lors, disposer d'un concept de relation juridique paraît en adéquation avec les situations singulières.

Une théorie qui place la relation en premier dans la dogmatique juridique comme le faisait Savigny peut avoir une utilité selon les périodes. Il se peut d'ailleurs qu'elle apparaisse ou réapparaisse dans les périodes où l'État et les institutions sont fragilisées (ceci dit le rapport de droit public relève plutôt de la construction de l'État). Dans la période postrévolutionnaire et postnapoléonienne, Savigny cherchait une unité indépendamment de l'État et de l'individu et l'a trouvée dans la notion de rapport de droit. G. Pavlakos qui a été le témoin de la destruction de l'État grec lors de la crise financière a, de la même manière, essayé de reconstruire le droit à partir du rapport de droit⁶⁵. À l'inverse, J. Nedelsky, vivant au sein d'une société américaine ultra-individualiste dans laquelle chaque personne est un isolat, cherche à recoller les morceaux avec les institutions. A. Somek enfin est à la recherche d'une approche du droit distincte du normativisme, du positivisme et de l'influence du *common law*. La notion de rapport de droit se prête finalement à de nombreuses approches. Elle fait certainement partie de la théorie du droit et sa juste place est, nous semble-t-il, première non pas dans un sens de supériorité mais dans le sens d'une antériorité logique : le rapport de droit précède en logique les sujets, leurs actes (ceci dit si les actes émergent au sein de relations juridiques, ils créent aussi les rapports de droit ; il existe entre ces notions une dialectique), leurs droits et leurs règles (en dialectique également avec les rapports de droit).

⁶⁵ V., dans ce dossier, son article « Redessiner la relation juridique », précit.