

Éléments de science 'patajuridique

Thomas Windisch

Volume 4, numéro 1, 2023

Contraintes et droits

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108309ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1108309ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

UQÀM Département des sciences juridiques
UQÀM Faculté de science politique et de droit

ISSN

2563-9250 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Windisch, T. (2023). Éléments de science 'patajuridique. *Communitas*, 4(1), 127–164. <https://doi.org/10.7202/1108309ar>

Résumé de l'article

Cet article vise à interroger les contraintes épistémologiques de production d'un discours juridique scientifique en mobilisant des notions issues du courant Droit et littérature. En relevant les enjeux relatifs à la normativité du discours doctrinal, l'approche proposée met l'emphase, dans la première partie, sur la réflexivité des juristes par rapport à leur propre discours et envisage des moyens littéraires, tel que la reformulation du contrat de lecture, afin de produire un discours doctrinal conscient de ses propres impensés. La deuxième partie consiste en un exercice d'application de méthodes littéraires à des notions de louage, en droit civil québécois, grâce à une conception « pataphysique » de la science juridique, dans le sillon de l'œuvre de l'auteur Alfred Jarry.

© Thomas Windisch, 2023



Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Éléments de science 'patajuridique

Thomas Windisch¹

RÉSUMÉ

Cet article vise à interroger les contraintes épistémologiques de production d'un discours juridique scientifique en mobilisant des notions issues du courant Droit et littérature. En relevant les enjeux relatifs à la normativité du discours doctrinal, l'approche proposée met l'emphase, dans la première partie, sur la réflexivité des juristes par rapport à leur propre discours et envisage des moyens littéraires, tel que la reformulation du contrat de lecture, afin de produire un discours doctrinal conscient de ses propres impensés. La deuxième partie consiste en un exercice d'application de méthodes littéraires à des notions de louage, en droit civil québécois, grâce à une conception « pataphysique » de la science juridique, dans le sillon de l'œuvre de l'auteur Alfred Jarry.

MOTS-CLÉS : Science juridique – théorie du droit – pataphysique – louage – droit civil

ABSTRACT

This article aims to question the epistemological constraints of producing a scientific legal discourse by mobilizing notions from the Law and Literature movement. By raising the issues relating to the normativity of doctrinal discourse, the proposed approach places emphasis, in the first part, on the reflexivity of jurists in relation to their own discourse and considers literary means, such as the reformulation of the contract of reading, in order to produce a doctrinal discourse conscious of its own unthoughts. The second part consists of an exercise in the application of literary methods to notions of rental, in Quebec civil law, thanks to a "pataphysical" conception of legal science, in the wake of the work of the author Alfred Jarry.

Keywords: Juridical science – theory of law – pataphysics – lease – civil law

¹ Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

Introduction

En droit, la notion de « contrainte » renvoie intuitivement à l'effet restrictif d'une norme juridique sur un comportement. En théorie du droit, la « contrainte juridique » peut aussi renvoyer à « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou qu'il opère » (TROPER, CHAMPEIL-DESPLATS et GRZEGORCZYK, 2005, p.12). Elles peuvent notamment provenir de normes juridiques émanant de l'acteur lui-même ou d'autres acteurs du système (Id., p.22). Une norme juridique peut être considérée comme la signification objective d'un acte de volonté du fait qu'elle possède certains attributs, dont la validité (KELSEN, 1962). Elle peut tirer sa validité du fait de son appartenance à un ordre juridique, soit « l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine » (MILLARD, 2005, p. 7-8; LEBEN, 2001, p. 20).

Un problème très connu en théorie du droit est le rôle du métalangage par rapport au langage juridique. Si, en logique formelle par exemple, le métalangage permet de révéler la structure interne d'une langue naturelle (langue-objet) à l'aide de symboles, il en va autrement en droit. Le métalangage juridique est un métadiscours sur un discours, mais *dans la même langue*. Ainsi, en droit, « seul le langage commun est opératoire », ce qui a pour conséquence qu'appliquée au droit,

[l]'idée de "métalangage" n'évoque donc pas un langage plus normatif, plus efficace ou plus authentiquement véridicteur. Le discours sur le droit n'est pas un discours juridique plus puissant, mais un langage différent : il ne révèle pas une vérité inaccessible au langage ordinaire – ou, à l'inverse occultée par le complot des juristes –, mais propose seulement des formulations autres, ce qui permet d'avoir sur elles une vision renouvelée, potentiellement critique. (DENQUIN, 2021, p. 420)

Le rôle du métalangage juridique employé par la doctrine par rapport au langage juridique prescriptif pose problème, puisque sans être *plus normatif*, il demeure tout de même *normatif*, c'est-à-dire qu'il peut influencer le sens attribué, par d'autres acteurs juridiques, à un énoncé normatif, soit, par exemple, le sens d'une disposition législative (PICARD, 1996, p. 19). Là réside alors toute la question de *l'interprétation* des lois – abondamment traitée en théorie du droit – par les acteurs habilités à

trancher des litiges, soit les juges¹. Pourtant, les juges ne sont pas les seuls à devoir interpréter le droit et ils s'appuient sur d'autres interprétations pour construire la leur².

En fait, tout discours sur le droit consiste en du métalangage juridique. C'est donc dire que tout discours sur le droit est susceptible de le modifier, ce qui pose un problème de légitimité : les juristes ne sont pas dotés d'un pouvoir de dire le droit. Cet écueil semble évité, d'une part, grâce aux principes fondamentaux comme celui d'État de droit, ne permettant pas d'attribuer à certains discours une valeur normative particulière dans la hiérarchie des normes³, et, d'autre part, grâce au fait que les juristes se donnent une méthode « éthiquement neutre » (BOBBIO, 1998, p. 26) de formuler des propositions de droit susceptibles d'être vraies ou fausses.

C'est au problème de la méthode que cet article propose de s'attarder. Plus précisément, il sera question des contraintes épistémologiques – des conditions pour produire un discours juridique savant en droit – qui balisent la production de discours doctrinal. Si ce questionnement peut s'appliquer au discours doctrinal en général, il convient ici d'en restreindre l'étendue au discours doctrinal en droit civil québécois.

Dans un premier temps, la question des contraintes épistémologiques dans la production de discours savant en droit sera sommairement exposée. Elle mènera à se demander quelles peuvent être les conséquences de ces contraintes épistémologiques sur la production de discours doctrinal en droit. Dans un deuxième temps, l'hypothèse d'une approche réflexive du discours doctrinal sera formulée, c'est-à-dire la possibilité de développer des conditions de production du discours doctrinal réflexif, soit un discours qui met en cause, interroge et rétroagit de manière critique à sa propre normativité en fonction du contexte dans lequel il s'inscrit. L'objectif sera de proposer une façon de repenser le rapport du juriste au langage juridique qu'il décrit et au métalangage juridique qu'il emploie.

¹ Pour un état des lieux, voir entre autres : Pierre-André CÔTÉ, *L'interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009; Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique (Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé)*, Thèse de doctorat, Droit Privé, Aix Marseille 3, 1999 ; Pierre BRUNET, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche*, Palerme, 2012.

² Voir par exemple : Riccardo GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », trad. É. MILLARD, (2013) 19 *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 113-119 ; Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », trad. F. MICHAUT (1985) 1 *Droit et Société*, 61-98.

³ *Théorie pure du droit* (trad. C. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962, à propos de l'interprétation « scientifique », p. 462 ; H.L.A. HART, *Le concept de droit* (1961), trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, à propos de la « règle de reconnaissance », p. 90 et suiv..

Cette tentative vise à mettre en évidence la normativité du discours doctrinal, voilée par la mobilisation d'un discours prétendument descriptif qui, par le fait même, est légitimé par les acteurs du monde juridique. Ce discours devient référentiel : on s'y appuie pour créer, connaître, interpréter et appliquer le droit. L'approche proposée tend vers un discours doctrinal réflexif, attentif aux potentialités du langage juridique, desquelles les juristes apprennent très tôt à se détourner (LEMAY, 2014, p. 30). Cette approche propose alors un discours doctrinal qui remet en question sa propre normativité, donc sa propre *utilité*. Elle sera ainsi fondamentalement *inutile* pour « l'application » descriptive du droit positif et sera comprise comme une « approche pataphysique du droit ». Dans un troisième temps, cette approche sera mise en œuvre grâce à un exercice inscrit dans l'emploi d'une méthode qui se réclame du courant *Droit et littérature*. Les lecteurs seront invités à signer un contrat de lecture avant d'en apprendre davantage sur la « science patajuridique ».

1. Les contraintes épistémologiques dans la production d'un discours juridique doctrinal

Pour exposer les contraintes épistémologiques encadrant la production d'un discours juridique savant, il faut au préalable rappeler quelques distinctions essentielles en théorie du droit. La problématique prend pour point de départ la question de la méthode de « connaissance » du droit positif de l'ordre juridique en tant qu' « objet ». À cet égard, le juriste autrichien Hans Kelsen demeure l'emblème de la « science du droit ».

1.1 La science du droit kelsénienne comme institutrice de contraintes épistémologiques

Pour Kelsen, le discours juridique savant est un discours de *connaissance*, il doit se limiter à la formulation de propositions de droit qui décrivent des « normes juridiques qui sont créées par des actes humains et qui doivent être appliquées et obéies par de tels actes » (KELSEN, 1962, p. 97). Dans cette perspective, une « norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre » (Id.). La norme juridique est donc créée par des organes juridiques compétents. Les propositions de droit, quant à elles, sont des jugements hypothétiques énonçant qu'au regard d'un certain ordre juridique, si certaines conditions sont remplies, certaines conséquences doivent avoir lieu. C'est la fameuse distinction entre le *sein* et le *sollen* kelsénien : le droit valide *est*, alors que la proposition de droit décrit ce qui *devrait être* si l'on

analyse correctement la relation entre des normes juridiques et des faits objectifs⁴ (KELSEN, 1962, p. 8, 107). Les propositions de droit sont donc susceptibles d'être vraies ou fausses en fonction du critère ultime de la validité de l'ordre juridique ; en tant que descriptions indépendantes de tout jugement de valeur, elles ont pour fonction de renseigner sur les normes juridiques et d'ordonner la « masse chaotique » de normes générales et individuelles (KELSEN, 1962, p. 92-98).

Mais, si la connaissance du droit s'effectue « du dehors » (KELSEN, 1962, p. 92) et doit être limitée à la connaissance des normes juridiques créées par des organes habilités à le faire, on peut se demander comment connaître les normes qui habilitent ces organes à créer des normes juridiques. Ainsi, Kelsen distingue deux types de système de normes d'après la nature du fondement de leur validité. Le premier type de système normatif reposerait sur un principe statique, selon lequel la norme fondamentale fournirait à la fois le fondement de la validité et le contenu de la validité des normes : il en irait ainsi d'une norme morale immuable, distinguant le Bien du Mal, par exemple. Or, cela pose problème, puisque, pour Kelsen, le contenu d'une telle norme doit être immédiatement évident, c'est-à-dire que la norme fondamentale doit être donnée dans la raison par la raison, alors que cela serait impossible du fait que la raison a pour fonction la connaissance et non le vouloir (KELSEN, 1962, p. 258). Devant cette impossibilité, Kelsen envisage un deuxième type de système normatif, reposant sur un principe dynamique, selon lequel la norme fondamentale serait présumée (par coutume ou habitude) et ne contiendrait « rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes ou – cela revient au même – une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles de l'ordre qui repose sur cette norme fondamentale » (KELSEN, 1962, p. 259). Les deux types de système peuvent être combinés : lorsqu'il s'agit du contenu d'une norme, il faut référer à un principe *statique*, alors que lorsqu'il s'agit de la validité d'une norme, il faut référer à un principe *dynamique*.

Dès lors, une norme est « juridique » non pas parce qu'elle a un certain contenu déductible par un raisonnement logique (son contenu est la manifestation d'un acte de volonté), mais bien parce qu'elle est créée d'une certaine façon, parce qu'elle est valide en vertu d'une norme fondamentale présumée habilitant une instance à créer des normes. De ce fait, pour Kelsen, il « s'en suit de là que n'importe quel contenu peut être

⁴ À noter que ce jugement hypothétique englobe les conséquences prescrites, habilitées et permises, toutes également... c'est pourquoi c'est un jugement *hypothétique*.

de droit », et que les « normes d'un ordre juridique doivent nécessairement être posées par un acte de création particulier » (KELSEN, 1962, p. 260-262).

Rapidement, tout acte de volonté posé conformément à la Constitution serait objectivement valable, comme lorsque le législateur adopte une loi en vertu de son champ de compétences. Or, cela pose le problème de la régression à l'infini : sur quelle norme la Constitution est-elle valablement fondée? Kelsen répond que la seule solution à ce problème est de *supposer* que l'on doive se comporter conformément à la Constitution grâce à une « hypothèse logique-transcendantale », celle de la *Grundnorm*, donc de la norme fondamentale qui, sur le plan logique, « est le point de départ d'une procédure : de la procédure de création positive du droit » (KELSEN, 1962, p. 263). La *Grundnorm*, sans être une « pure et libre invention », permet selon Kelsen de « justifier le fait de reconnaître qu'un acte constituant et des actes posés conformément à la Constitution qu'il prétend établir ont la signification objective qui correspond à leur signification subjective ; il s'agit de justifier la reconnaissance au contenu de ces actes du caractère de normes objectivement valables, qui entraînera pour les rapports fondés par ces normes le caractère de rapports de droit » (KELSEN, 1962, p. 267).

En prescrivant une méthode de connaissance du droit aux juristes, Kelsen pose une contrainte épistémologique qui domine encore largement la conception contemporaine de la connaissance du droit (JESTAZ et JAMIN, 2004, p. 172; TROPER, 1994, p. 219). Cette contrainte est que, pour formuler une proposition de droit qui soit *vraie*, les juristes doivent se limiter à décrire les normes juridiques selon un principe d'imputation qui, contrairement au principe de causalité, limite le nombre d'inférences possibles. La causalité (si A est, B est) nécessite l'observation d'une cause première, indépendante de la volonté humaine. L'imputabilité (si A est, B doit être) nécessite seulement l'admission d'une cause première, d'un présupposé duquel découlera une suite d'inférences valides (KELSEN, 1962, p. 123 et suiv.). Comme le droit est un système de normes juridiques, il est constitué d'actes de volonté valablement adoptés, et non de faits naturels. Dès lors, la contrainte épistémologique kelsénienne principale consiste, pour les juristes, à se limiter à un processus d'imputation, fondé sur un présupposé mettant un terme au problème épistémologique de la régression à l'infini, afin de formuler des propositions de droit valides.

1.2. Problèmes théoriques contemporains issus de la contrainte épistémologique d'imputabilité

Cette conception de la « science du droit » innervait encore l'étude du droit positif, bien qu'elle soit constamment repensée pour faire plus de place à une étude savante du droit plus critique, et ce même chez ceux qui revendiquent un positivisme épistémologique de souche kelsénienne (ex : TROPER, 1989, p. 286 ; 1994, p. 310). Une des façons de repenser les contraintes épistémologiques de la « science du droit » kelsénienne (Hart y est pour quelque chose⁵) est de se prévaloir d'une approche « critique » en questionnant la *posture épistémologique* des juristes, donc en distinguant entre le discours *doctrinal* et le discours *scientifique*, le discours *en droit* et le discours *sur le droit*. L'idée de « posture » renvoie dès lors à un positionnement par rapport à un « objet », le « droit », avec lequel une « rupture épistémologique » doit être effectuée pour produire une connaissance scientifique plutôt qu'une connaissance normative⁶. En effet, cette rupture serait devenue une des contraintes épistémologiques fondamentales pour produire un discours savant sur le droit ; en créant une distance avec leur objet de recherche qu'est le droit, les juristes pourraient fournir une explication compréhensive de certains phénomènes juridiques, ce que la démarche descriptive ne permettrait pas d'apporter⁷. C'est donc dire que dans une perspective « interne », les juristes produiraient un discours doctrinal *en droit*, potentiellement normatif, mais dans une posture externe, il serait impossible de produire un discours savant *sur le droit*, étant donné l'absence de présupposés communs à la discipline juridique⁸. D'où les tentatives d'intégrer l'interdisciplinarité à la démarche savante en droit, permettant d'adopter une posture « externe modérée » (OST et VAN DE KERCHOVE, 1991) ou « interne modérément ouverte » (DUMONT et BAILLEUX, 2010) par rapport à l'objet droit, et ce, afin de produire un discours savant *sur le droit*, qui se voudrait plus théorique que normatif.

En résumé, bien qu'il soit certainement réducteur de ramener la question épistémologique en droit à cette alternative, deux types de contraintes épistémologiques s'appliqueraient aux juristes produisant du discours à propos du droit. D'un côté, la contrainte positiviste imposerait aux juristes de formuler des propositions de droit grâce à la logique imputative, et ce, afin de décrire valablement et exclusivement le droit en vigueur, puis de limiter la subjectivité des juristes dans leur rapport à leur

⁵ En effectuant la distinction interne/externe (HART, 1962, p. 79) ; voir par exemple François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987, p. 76.

⁶ Pour cette discussion en épistémologie juridique, voir : GUASTINI, 2007, p. 49-54; VILLA, 1994, p. 286-291; OST et VAN DE KERCHOVE, 1991; DUMONT et BAILLEUX, 2010; LALONDE, 2016.

⁷ Id.

⁸ Id.

objet d'étude⁹. D'un autre côté, la contrainte constructiviste imposerait aux juristes de se distancier de leur objet de recherche, notamment en recourant à d'autres disciplines ou en se posant des questions non spécifiquement juridiques, ce, afin d'expliquer de façon compréhensive certains phénomènes juridiques (parmi ces courants : SINTEZ, 2004; THIBIERGE, 2009; FRYDMAN, 2014). Comme le questionnement, dans le cadre de cet article, porte sur le discours doctrinal en droit civil (québécois), il serait inutile de dériver vers ces questions opposant divers courants de pensée, puisque c'est précisément la contrainte épistémologique positiviste d'*imputation* qui sera ici interrogée. En effet, il suffit de constater la prévalence de l'usage de la méthode positiviste parmi les juristes québécois (voir par exemple LEMAY et CUMYN, 2017) pour reconnaître que la contrainte positiviste d'imputation est constitutive de leur discours *en droit*.

Cette contrainte sera analysée à partir d'une prémisse qui va comme suit : le droit, en tant qu'*objet* autoréférentiel de la science juridique, peut être réduit à du *texte*. Les juristes, même s'ils *argumentent* et *interprètent* le droit, même s'ils *décrivent* des rapports de droit, même s'ils *expliquent* des phénomènes juridiques de façon *compréhensive*, se ramènent toujours à la dimension textuelle du droit, que ce soit dans les processus argumentatif, descriptif ou explicatif, dès lors que référer aux normes juridiques implique leur inscription dans du texte (qu'il soit question de lois, de jurisprudence ou de doctrine, par exemple). Le contraire, dans une conception positiviste de la science du droit, mènerait à des arguments *invalides*, à des interprétations *rejetées* ou à des *fausses* propositions de droit, remettant en question l'*internalité* du discours ou encore, dans une conception constructiviste, à des explications non compréhensives, donc à des explications qui ne seraient plus interdisciplinaires mais bien extradisciplinaires, comme ce serait le cas pour des explications exclusivement sociologiques de rapports normatifs n'ayant pas le caractère de rapports de « droit ».

En considérant cette prémisse, quelles peuvent être les conséquences de la contrainte épistémologique d'imputation sur la

⁹ Notons aussi que la théorie des contraintes (TROPER, CHAMPEIL-DESPLATS et GRZEGORCZYK, 2005), à laquelle se rattache la théorie réaliste (tropérienne) de l'interprétation, fait une place prépondérante aux contraintes dans l'acte de *jugement* en droit, en ce que le champ des possibles des acteurs (posture interne) partageant certains présupposés (comme la validité de l'ordre juridique) demeure limité en raison de contraintes systémiques découlant de ces présupposés. Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, Leviathan, 1994; elle est notamment remise en question par Olivier JOUANJAN, du fait qu'elle évacue « la question linguistique hors du « cadre » du « juridique » (hors des limites de l'échiquier du droit), comme si, pour des raisons de « pureté », la science du droit pouvait construire son objet sans penser les outils linguistiques nécessaires à cette construction, on fait jouer dans le discours de la théorie juridique, kelsénienne aussi bien que tropérienne, des concepts-clés – signification, norme, interprétation – comme s'ils renvoyaient à du « hors texte », comme s'ils pouvaient désigner des grandeurs extralinguistiques.», dans « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », (2011) 2 *Droits* 54, 45-46.

production de discours doctrinal en droit? L'hypothèse est que le principe d'imputation, privilégié dans la production doctrinale, ainsi que les codes esthétiques descriptifs qu'il implique ne permettent pas aux juristes de mettre en cause, d'interroger et d'exposer la normativité de leur propre discours. Pour vérifier l'hypothèse, il convient d'exposer certaines conséquences de la contrainte épistémologique d'imputation à l'œuvre dans le discours doctrinal.

2. Certaines conséquences de la contrainte épistémologique d'imputation à l'œuvre dans le discours doctrinal

Le fait de considérer l'objet « droit » comme un discours est une voie théorique de plus en plus empruntée. Le réduire au texte est certes plus radical, mais encore, cela n'est pas une voie complètement nouvelle (outre les réalistes analytiques tels que GUASTINI, 2013, voir FORRAY et PIMONT, 2017 et, moins radicalement, EDELMAN 2005 et 2007; OST et al., 2001; OST, 2004). En observant comment certaines théories du droit, souvent inscrites dans une démarche herméneutique, conçoivent le rôle et la méthode de production du discours juridique doctrinal, il sera ensuite possible de démontrer que la contrainte épistémologique d'imputation, inhérente à l'approche positiviste descriptiviste de la science du droit, a pour conséquence que les juristes *n'interrogent pas les impensés du discours qu'ils produisent et du discours qu'ils interprètent.*

De nombreux facteurs, théoriques et pratiques, ont mené les juristes à s'interroger sur le rôle du discours juridique doctrinal dans la production du droit, ainsi que sur la légitimité de cette production, traditionnellement reconnue grâce à l'usage d'une méthode descriptive. Or, cette méthode présuppose que le droit est un « objet » descriptible, ce qui, comme il fut remarqué, peut être remis en question. L'apport des théories herméneutiques est fondamental pour interroger ces deux aspects. Sans être trop spécifique à cet égard, rappelons simplement que les théories herméneutiques en droit postulent que ce dernier ne peut être « observé », mais qu'il est toujours constitué et reconstitué par un sujet participant à la compréhension contextuelle du sens du droit¹⁰. Ce sujet a souvent été identifié au « juge » dans la tradition dworkinienne (internaliste) de l'interprétation, elle-même développée à la suite du néopositivisme hartien (CHÉROT, 2007), mais aujourd'hui, limiter la dimension herméneutique du droit au travail interprétatif judiciaire est sans doute une attitude tirant vers

¹⁰ Notamment depuis l'herméneutique de GADAMER, 2018 et de DWORKIN, 1986; pour de plus amples développements, voir entre autres MELKEVİK, 2011, p. 46; TREMBLAY, 2019; JOUANJAN, 2007, p. 82.

l'obsolescence. Étant donné le rôle constitutif du sujet dans la compréhension du phénomène juridique, dont la qualification même de « juridique » est constamment interrogée par les normativités alternatives et émergentes (BENYEKHEF, 2015), ce dernier serait constitué non seulement par les juristes dont l'acte de connaissance ne pourrait être réduit à une activité descriptive de déduction, mais il serait aussi constitué par d'autres acteurs, comme les destinataires des normes juridiques, ainsi que le propose la théorie de la procéduralisation contextuelle (LENOBLE, 1997). Cette dernière, si elle met l'emphase sur le rôle du juge, privilégie une approche inductiviste plutôt que déductiviste, revendiquant une

[...] approche du jugement d'application en montrant que toute justification d'une norme implique logiquement la prise en compte des contextes d'application et un mouvement de "remontée" par lequel les acteurs concernés renégocient leur forme de vie commune pour assurer les transformations de leurs "savoir-faire" et de leur manière habituelle d'agir, en vue de réaliser l'insertion efficiente de la finalité poursuivie par la norme jugée pertinente dans leur contexte de vie (LENOBLE, 1997).

Sans aller plus loin dans cette direction, puisque l'objectif n'est pas de proposer une théorie herméneutique, il faut seulement retenir que l'herméneutique, en droit, est un socle sur lequel se fondent de nombreuses théories contemporaines concevant le droit davantage comme une activité discursive collective que comme un objet descriptible, par certains acteurs, en fonction de critères de validité formelle de l'ordre juridique. L'herméneutique serait, sur le plan épistémologique, nécessairement constructiviste. Sans pouvoir faire l'économie du fondationnalisme inhérent à toute connaissance des normes juridiques (c'est-à-dire au besoin de référer à une source de validité ultime de l'ordre juridique), elle ouvrirait l'activité juridique sinon au fiabilisme, faisant reposer la justification sur la fiabilité du processus d'acquisition des connaissances, sinon aux épistémologies du témoignage, associant notamment la justification d'une inférence à l'autorité épistémique en vertu de laquelle on la fonde (voir : AUDI, 2011, p. 155 et suiv.; TAPPOLET, 2000, ch. 3-4). En d'autres termes, la justification d'une connaissance juridique serait aussi une question de processus (cognitifs, sociaux, politiques) et de déférence (à des experts, à des spécialistes, à des communautés particulières...). En prendre conscience reviendrait donc à reconnaître l'influence de certaines sources d'autorité informelles sur la conception et la production du droit. Parmi elles, la doctrine bénéficie depuis longtemps d'un statut ambigu, régulièrement citée par les tribunaux et fréquemment conçue en tant que source interne à l'ordre juridique, mais dont les rôles, les méthodes, la légitimité, voire l'*ethos* continuent d'échapper clairement à un consensus parmi la communauté juridique (BARRAUD, 2016, p. 73).

2.1 Rôles du discours juridique doctrinal

D'abord, qu'est-ce que la doctrine juridique? Les réponses varient selon les différentes perspectives théoriques, notamment puisqu'une définition de la « doctrine » s'érige en fonction de ce que l'on qualifie de « droit » (KOUAM, 2014, p. 889). Largement, il serait possible de qualifier de doctrine juridique « l'ensemble des commentaires et des opinions ayant le droit pour objet » (VILLA, 1990, p. 29), ce qui s'avérerait probablement insuffisant pour une enquête sur ses rôles et ses méthodes. Dans la continuité de la science kelsénienne du droit, on peut considérer la doctrine comme une « source directe du droit, notamment lorsqu'elle assume un rôle traditionnel qui consiste pour l'essentiel à interpréter les textes de loi et les décisions de jurisprudence » (BENADIBA, 2016 p. 253). Dès lors, elle pourrait aussi être qualifiée de *dogmatique* juridique, en ce qu'« il s'agit d'interpréter et de systématiser les normes pour déterminer les solutions qui doivent être appliquées » (KOUAM, 2014, p. 889). Et si la dogmatique peut être conçue, dans le prolongement de Kelsen, comme « l'étude savante, raisonnée et construite du droit positif sous l'angle du "devoir être", de la solution souhaitable et applicable¹¹ »¹¹, l'expression « doctrine » sera ici privilégiée, notamment puisqu'elle renvoie moins à des « dogmes » positivistes, parmi lesquels figure (trop schématiquement) celui de la « neutralité axiologique » du juriste (CHAZAL, 2001). Somme toute, la doctrine serait un discours *en droit* (BAILLEUX, 2012), soit un discours qui contribue à l'institution de l'ordre juridique (PIMONT, 2021, p. 450).

Quant à eux, les rôles de la doctrine font l'objet de nombreux questionnements en théorie du droit. On pourrait les résumer en trois fonctions, soit « une fonction pédagogique d'explicitation des normes en vigueur, ensuite, une fonction critique à l'égard de ces mêmes normes et, enfin, une fonction de mise en cohérence de l'ordre juridique » (VARNEROT, 2012, p. 58). Si plusieurs conceptions de la doctrine divergent, et lui attribuent donc des rôles tout aussi divergents, certains ancrages théoriques permettent de concevoir la doctrine comme une « instance » productrice de droit (FORRAY et PIMONT, 2017). Ainsi, même en respectant la contrainte d'imputation dans l'étude de normes juridiques afin de garantir la scientificité de sa démarche, la doctrine remplirait une fonction inévitablement normative (POIRMEUR et BERNARD, 1993; DEZALAY, 1993). Pour en rendre compte, il est possible de s'appuyer sur les récents apports théoriques allant dans ce sens, dont l'approche « praxéologique » revendiquée par Antoine Bailleux, la théorie structurante du droit de Müller

¹¹ Id.

et la théorie de la « décriture » de Vincent Forray et Sébastien Pimont. L'objectif ici est de démontrer que la doctrine, en respectant la contrainte d'imputation, est responsable de la reconnaissance des sources du droit, donc de leur valeur normative, devenant aussi, par le fait même, une instance productrice de droit.

Selon l'approche praxéologique de Bailleux, le droit devrait être approché comme « jeu », comme « mythe », comme pratique surtout, donc envisagé en fonction de la façon dont il est vécu par les acteurs (BAILLEUX, 2012, p. 511). Ainsi, pour cette approche,

Le droit n'existe pas en dehors des images qu'en donnent ceux qui prétendent le « dire ». À rebours d'une perspective « essentialiste », cette approche considère le droit comme un registre du discours et rien d'autre. Le droit s'y limite à la photographie, à un instant *t*, qui en est donnée par un « diseur de droit ». On fait ici référence à tous ceux qui, à un moment donné, prétendent dire ce qu'est le droit – juges, auteurs de doctrine, mais aussi fonctionnaires, voire simples particuliers – par opposition aux « faiseurs de droit » que sont ceux qui prétendent dicter le contenu du droit *ad futurum* – législateur, exécutif, cocontractants, etc. (BAILLEUX, 2012, p. 512).

Dès lors, la doctrine rassemblerait des « diseurs » de droit, soit des « acteurs dont le discours sert à identifier les normes juridiques et à argumenter juridiquement leur raisonnement » (BAILLEUX, 2012, p. 512). Ces acteurs, incluant les juges, photographieraient le droit et tiendraient un discours descriptif, puis devraient justifier leur argumentaire, tandis que le législateur aurait un discours prescriptif sans avoir à en justifier le contenu dès lors que la norme juridique prescrite serait reconnue formellement valide (BAILLEUX, 2012, p. 514-516). Si l'on peut très bien faire le parallèle entre cette perspective et la perspective kelsénienne, et voir ici à l'œuvre la contrainte de l'imputation dans le travail savant des diseurs de droit que sont les auteurs de doctrine, l'approche praxéologique rappelle que les « avocats, juges, acteurs du droit font "comme si" leurs raisonnements étaient imperméables aux considérations extérieures à l'"empire du droit" [et que le] positivisme juridique entend prendre au sérieux ce discours juridique et le mythe de son autonomie » (BAILLEUX, 2012, p. 514-516).

Pourtant, ce « comme si » ferait de la structure de la doctrine une structure *normative*, étant donné qu'en décrivant des normes juridiques, la doctrine reconnaîtrait des normes adoptées par le législateur en référant à des sources du droit dont le fondement serait *présupposé*, confirmant ainsi leur validité tout en leur conférant une légitimité, donc une éventuelle efficacité en droit (BAILLEUX, 2012, p. 517). Mais, en s'écartant de la conception positiviste du droit, il serait aussi possible d'attribuer à la

doctrine une structure *cognitive*, c'est-à-dire une structure argumentative par laquelle les diseurs de droit justifieraient leur appréciation du droit en vigueur, des interprétations qui en sont faites et des phénomènes interagissant avec lui (BAILLEUX, 2012, p. 519). Le droit *cognitif* engloberait donc « tous les éléments présentés comme pertinents pour l'identification de la norme juridique » et le discours doctrinal s'exposerait aux appréciations opposées d'autres diseurs de droit, « susceptibles de mettre en question le caractère correct de sa propre construction juridique » (BAILLEUX, 2012, p. 522). Dans cette perspective, les diseurs de droit pourraient s'ouvrir au droit *cognitif virtuel*, soit à « l'ensemble des données potentiellement pertinentes pour dire le droit. Ces données peuvent n'entretenir avec les sources formelles de l'ordre juridique qu'un rapport assez lointain » (BAILLEUX, 2012, p. 531), comme des données sociologiques.

Les sources de droit, quant à elles, ne seraient pas les normes, mais bien le « pedigree sans lequel ces dernières n'existent pas. Leur identification est aisée, fournie par les convergences de vue des diseurs de droit » (BAILLEUX, 2012, p. 525). La jurisprudence, comme la doctrine, aurait le rôle de *révéler le pedigree* plutôt que *d'être le pedigree*; en d'autres termes, jurisprudence et doctrine joueraient un rôle normatif à degrés variables, soit celui d'identifier la source de droit sans être, elles-mêmes, une source formelle de droit. La doctrine, dans cette optique, jouerait le rôle de « photographe » de la norme à un instant *t*, et son discours, « aussitôt publié, [...] devient une donnée juridique potentiellement pertinente pour quiconque veut traiter cette question en droit. Ce faisant, elle ne devient pas le sujet de la photographie : elle ne remplace pas la prétendue norme que le photographe entend capter. Elle contribue bien plutôt à une meilleure "définition" de celle-ci, même si certains photographes ultérieurs préféreront sans doute l'écarter du champ de leur objectif afin de ne pas troubler la pureté de leur propre cliché » (BAILLEUX, 2012, p. 517).

Ce que l'on peut tirer de l'approche des deux droits quant au rôle de la doctrine va comme suit : la doctrine « entend dire le droit et jouer le jeu, s'auto-alimentant en photographies du système juridique », alors que la science du droit cherche « à analyser ces photographies pour elles-mêmes et non pour ce qu'elles sont censées représenter » (BAILLEUX, 2012, p. 514). En d'autres termes, la doctrine, en disant le droit, le construirait nécessairement, notamment en reconnaissant le *pedigree* ou « l'armure » formelle des sources du droit positif, excluant ainsi certaines normativités du champ juridique (BAILLEUX, 2012, p. 514-525). Dès lors, bien qu'il s'inscrive dans une démarche positiviste descriptiviste, adoptée en fonction de la contrainte d'imputabilité kelsénienne, le discours doctrinal savant *en droit* aurait une responsabilité dans la production normative (PIMONT, 2021).

Mais, en rappelant la prémisse que le droit consiste nécessairement en du discours textuel, la question se pose à savoir en quoi une description du droit, une photographie d'un instant *t*, même lorsque devenant une donnée juridique potentielle, peut construire le droit si elle ne s'en tient, *textuellement*, qu'à une description (DENQUIN, 2021, p. 419-422). L'idée de *décriture* de Vincent Forray et Sébastien Pimont est éclairante à cet effet. En résumé, elle consiste à reconnaître au discours doctrinal présumément descriptif un rôle normatif du fait que la seule formalisation du discours juridique aurait un impact normatif. D'une part, l'organisation des énoncés prescriptifs premiers (comme les lois), ainsi que, d'autre part, la compréhension des énoncés premiers dans des énoncés descriptifs seconds (comme la doctrine) contribueraient à formaliser le droit et à donner à son sens une « épaisseur » (FORRAY et PIMONT, 2017, p. 53-60). Or, non seulement la contrainte épistémologique d'imputation serait à l'œuvre dans la description doctrinale du droit, mais cette description serait elle-même restreinte par des contraintes esthétiques associées à la forme nécessairement textuelle de l'expression écrite. Le langage juridique impliquerait le recours à des expressions juridiques, donc à leur signification restreinte, et la description donnerait elle-même un sens aux lois et à la jurisprudence en les systématisant, tout comme elle accueillerait, nuancerait ou rejetterait certaines décisions judiciaires (FORRAY et PIMONT, 2017, p. 53-60). Pour reprendre la perspective des « deux droits », les diseurs de droit situés dans l'univers du droit *normatif* décriraient certaines interactions normatives en « photographiant » le droit, mais cet acte de décrire, ramené à l'acte d'écrire, serait effectué sous l'effet de contraintes esthétiques formalistes qui, lorsque respectées, assureraient une certaine légitimité au discours doctrinal et, par le fait même, à sa description du droit.

Dans la doctrine québécoise en droit civil, par exemple, un discours décrivant ce en quoi consiste le droit au maintien dans les lieux contribue à renforcer l'idée que le locataire est protégé par les dispositions impératives en matière de louage, et la possibilité de nuances rendues possibles par des considérations extrajuridiques est rapidement oblitérée par la formalisation doctrinale des interactions logiques de l'article 1936 du *Code civil du Québec* (CCQ) avec les autres dispositions concernant les droits et les recours possibles du locataire (p. ex. : DESLAURIERS, 2013, p. 508-509). Pourtant, ce que l'on peut apprendre de l'approche praxéologique et de la théorie de la *décriture* est que ce discours a une teneur normative qui, pour la plupart du temps, n'est pas interrogée, ni par les auteurs ni par les autres acteurs juridiques comme les juges, qui réutilisent fréquemment

les mêmes références doctrinales¹². Ainsi, la tâche de description s'effectuerait dans un cadre épistémologique contraignant les juristes à se limiter à une *description* du devoir-être du droit grâce à un *texte écrit d'une certaine manière*. Pourtant, on reconnaît de plus en plus que « la doctrine cuisine ou bricole lorsqu'elle accomplit ces tâches. Lors de ce processus normatif, le juriste construit son propre raisonnement à l'aide de catégories juridiques. Il se dote d'un langage qui lui est propre et, tout en privilégiant le syllogisme juridique, adopte une technique de rédaction qui lui est spécifique » (BENADIBA, 2016 p. 261). Le tout faisant souvent oublier que les « prétentions à la scientificité en droit ont montré ce qu'elles dissimulaient de plus essentiel derrière ce qu'elles nomment descriptions et prédictions. Sous la couverture scientifique, il y a des propositions juridiques. Il y a des conceptions du droit en concurrence avec celles dont, pourtant, elles prétendent ne pas jouer le même jeu. L'épistémologie juridique scientifique encourage cette dissimulation en frappant d'illégitimité épistémique ceux qui assument leur contribution au droit » (KANELLOPOULOS, 2018, p. 245).

2.2 Méthodes du discours juridique doctrinal

Ces remarques sur le rôle normatif de la doctrine posent donc la question de la méthode : si « les distinctions logiques entre langage juridique et langage de la science du droit, entre description et prescription, normes et propositions, concepts juridiques et concepts de la science du droit » peuvent former ce qu'on a pu appeler une « ceinture de protection » pour l'épistémologie positiviste (KANELLOPOULOS, 2018, p. 245), il faudrait peut-être suspecter l'usage de tels mécanismes, du fait qu'ils cachent potentiellement une posture normative. Effectivement, malgré ce qu'on peut retirer de l'approche praxéologique, par exemple, elle reposerait toujours sur une distinction droit/science du droit, qui à elle seule suffit pour légitimer l'usage, par le discours *en droit*, d'une méthode descriptive ne pouvant être interrogée que de *l'extérieur*, ou plutôt avec une *ouverture modérée* aux autres disciplines permettant de remettre son propre discours en question, ou mettre ses biais cognitifs en évidence (DUMONT et BAILLEUX, 2010). Une perspective herméneutique plus assumée voudrait que « l'interprète de textes juridiques s'engage irréductiblement dans la discussion juridique, en dépit de toute précaution méthodologique », remettant en question la « supériorité méthodologique » des auteurs de doctrine et de ceux qui les croient, tous potentiellement « victimes d'une dichotomie abstraite, véhiculée par l'illusion d'une science du droit idéalisée » (KANELLOPOULOS, 2018, p. 197).

¹² Ne serait-ce qu'à titre d'exemple, voir : *Blum c. Oberoi*, 2000 CanLII 17625; *Canada inc. c. Sommereyns*, 2008 QCCA 1144; *Maison du développement durable c. Ville de Montréal*, 2018 QCCS 2307, citant toutes des propos de JOBIN (1996, p. 524) et de BAUDOIN et JOBIN (2013, p. 171-174) en la matière.

La méthode de production doctrinale s'inscrit dans une tradition exégétique de la recherche de la volonté du législateur, ce qui présuppose que le rôle de l'interprétation serait déclaratif plutôt que constitutif de sens lorsque la méthode descriptive est mise à l'œuvre (KOUAM, 2014, p. 896). Produire un discours scientifique *en droit* reviendrait ainsi à utiliser l'imputation pour formuler une proposition de droit fondée sur une source de droit valide, mais cette méthode serait faillible étant donné que le discours contribue *lui-même* à reconnaître à la source sa validité, et à attribuer à la norme juridique un sens sur la base de ses interactions avec les autres normes du système juridique que le discours *lui-même* systématise d'une certaine façon. À cet égard, il est intéressant d'observer comment l'usage de dichotomies dans la production du discours juridique revêt un caractère *utile* plutôt que *nécessaire*, et qu'il est plus aisé pour les juristes de *distinguer* que de *confondre* pour construire un raisonnement qui, sous l'effet de la contrainte d'imputation menant à décrire une « vérité » juridique, s'avère non seulement *cohérent* mais aussi *fondé* sur d'autres « vérités » juridiques (REINER, 2016).

Un tel raisonnement implique donc le recours à une certaine logique distinctive, mise en évidence par l'usage d'un langage formel cultivant les oppositions et les disjonctions, mais aussi le recours à une logique de *catégorisation*. Michelle Cumyn s'est particulièrement intéressée à cette logique, la définissant « comme un ensemble de situations factuelles soumises à un régime juridique commun. Elle regroupe deux ensembles qui se superposent, et qu'elle met en relation : un ensemble de situations factuelles, d'une part [...] et un ensemble de règles de droit qui forment un régime juridique, d'autre part [...] La catégorie juridique est l'interface entre ces deux ensembles qui la constituent » (CUMYN et GOSSELIN, 2016, p. 355). La structure interne des catégories juridiques est formée par les représentations mentales, donc par les processus cognitifs de *qualification juridique*, et la structure externe des catégories juridiques par les relations entre les catégories, donc par les processus de *classification juridique* (CUMYN et GOSSELIN, 2016, p. 364). Sans entrer dans les détails, il faut probablement retenir de ces observations l'attention portée sur la méthode cognitive à l'œuvre chez les juristes qui, recourant à des processus mentaux spécifiques et formés à la reconnaissance de catégories juridiques soi-disant « objectives », vont « associer une situation factuelle à une catégorie juridique afin de lui appliquer un régime correspondant » (CUMYN et GOSSELIN, 2016, p. 345) sans être portés à remettre cette logique en question.

Dès lors, en qualifiant, donc en effectuant « l'opération tendant à vérifier si les conditions d'application de la norme sont effectivement réalisées en l'espèce », les juristes procèdent à la subsomption, donc à la détermination de l'applicabilité de la norme avant de tirer les conséquences juridiques qu'elle dicte, et l'interprétation de la norme, qui « facilite la subsomption des faits sous cette règle, tandis que la définition d'une catégorie juridique facilite la qualification des faits au regard de celle-ci » (CUMYN et GOSSELIN, 2016, p. 346). Une problématique dégagée de l'étude des processus cognitifs à l'œuvre dans le recours à une méthode positiviste en droit est qu'il « paraît impossible de débarrasser les catégories juridiques de leur contenu sémantique autonome, [mais qu'il] importe par ailleurs de prendre conscience de ces effets, dont certains s'avèrent illégitimes. En effet, qualifier n'est pas neutre. Nommer, c'est déjà évaluer, c'est porter un jugement » (CUMYN et GOSSELIN, 2016, p. 384). L'acte de connaissance kelsénien, distinct de l'acte de volonté, ne serait jamais si « pur » qu'on le pense, même si l'on fait « comme s'il » était pur.

Pour conclure, la méthode positiviste descriptiviste mise en œuvre grâce à la contrainte d'imputabilité kelsénienne et à la contrainte esthétique du texte descriptif renforce donc l'apparente neutralité axiologique de la doctrine, alors que l'on remarque que les processus cognitifs à l'œuvre chez ces « diseurs de droit », ainsi que le caractère fondamentalement herméneutique de l'entreprise doctrinale, ne font de cette neutralité axiologique qu'une apparence. Et, dans la foulée, l'interrogation des impensés du droit, comme l'effet des normes une fois mises « en contexte » ou encore l'analyse des logiques socioéconomiques inhérentes à l'adoption d'une norme juridique sont éludés par la méthode descriptiviste et rendent ces impensés indétectables dans l'analyse formelle du droit.

3. Quelles méthodes pour une doctrine réflexive par rapport à son rôle normatif?

En se demandant quelles pouvaient être les conséquences de ces contraintes épistémologiques sur la production d'un discours doctrinal en droit, on peut désormais répondre qu'elles résultent probablement en un manque de réflexivité, un manque d'interrogation, par le discours doctrinal, de son propre rôle normatif. Ce constat est de mieux en mieux établi en théorie du droit par des approches comme celle que propose la théorie structurante du droit, sur laquelle repose l'approche praxéologique du droit précédemment exposée, et qui « propose d'envisager les normes juridiques comme le résultat d'une activité de production accomplie par les juristes de tous ordres [et qui] a l'avantage certain de forcer le juriste à

assumer l'entière responsabilité de son travail » (SAMSON, 2009, p. 19). D'autant plus que, dans une perspective herméneutique, le « droit est une activité linguistique en train de se faire. En tant que telle, le droit est interminable » (KANELLOPOULOS, 2018, p. 227). Le droit comme activité linguistique, certes, mais dont l'expression formelle s'inscrit dans un texte – c'est le point de vue défendu ici – s'opposerait « au discours d'autorité qui marque si fortement sa conception formaliste et légaliste » (KANELLOPOULOS, 2018, p. 227)¹³.

Si plusieurs se rejoignent pour en appeler à un sens de « responsabilité » de la doctrine, ces appels prennent différentes formes. Faudrait-il collectivement tenir l'individu qui écrit la doctrine comme responsable de son propos, ou plutôt tenir « la doctrine » en tant qu'instance comme responsable de ses interprétations collectives (FORRAY et PIMONT, 2017; BENADIBA, 2016)? Si oui, comment? Allant en sens inverse, pour des raisons somme toute pragmatiques, nous pensons qu'il faudrait plutôt que la doctrine, si elle peut espérer devenir un « forum » de discussion élargissant les perspectives discursives *en droit*, devrait s'autoréguler à travers la production de discours, responsabilité revenant dès lors à tout juriste produisant du discours juridique. Cette autorégulation pourrait s'effectuer grâce à l'emploi de mécanismes littéraires, à commencer par une attention particulière aux potentialités du langage que le discours doctrinal oblitère. Une des façons de porter une attention aux potentialités du langage est de s'intéresser à certaines de ses expressions littéraires qui revendiquent cette tâche dans la production d'œuvres. C'est pourquoi il est avancé que cette attention peut être favorisée par une « approche pataphysique du droit ».

3.1 Approche pataphysique du droit

Il faut immédiatement établir ce qu'on entend par « pataphysique ». Terme issu de l'œuvre littéraire d'Alfred Jarry, il désigne une science inventée dont l'objectif initial est de proposer des « solutions imaginaires » et qui, par la suite, sera comprise comme la Science du particulier, ou des lois régissant les exceptions, par le Collège de 'Pataphysique, ancêtre institutionnel de l'Oudropo qui regroupait alors des auteurs reconnus tels que Raymond Queneau et Boris Vian (LESSARD, 1992; MARAFANTE BRANÇÃO, 2019). L'esprit de la 'pataphysique est très bien contenu dans cette phrase de Queneau, qui dit « quand j'énonce une assertion, je m'aperçois tout de suite que l'assertion contraire est à peu près aussi intéressante » (QUENEAU, 1962, p. 12).

¹³ Citant Simone GOYARD-FABRE, *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendante*, Cerf, coll. Humanités, 2012, p. 285.

En théorie littéraire, la 'pataphysique d'Alfred Jarry, inscrite dans un symbolisme complexe, est reçue comme un prélude aux théories structuralistes de Saussure et Peirce (SIMARD, 2002, p. 85). Le terme 'pataphysique « s'incarne dans celui de "créativité", une créativité vivante, dynamique, renouvelant toujours ses regards », créativité qui permettrait de « percevoir les détails des objets en considérant les propriétés potentielles de l'ensemble » (MCMURRAY, 2005, p. 17). Approfondir l'étude de l'œuvre littéraire de Jarry serait hors de propos. Toutefois, il faut justifier le recours à cette science imaginaire. En fait, la démarche 'pataphysique est une démarche d'interrogation du langage, une interrogation rendue possible par « un processus de réflexion au sens double de miroir réfléchissant notre ombre et d'intelligence réflexive qui s'analyse, témoin d'elle-même et de ses actes » (MCMURRAY, 2005, p. 17). Comme l'œuvre de Jarry, une de ses particularités est sa capacité à surprendre; son point faible, potentiellement, serait l'épuisement de cette caractéristique de surprise. Toutefois, le langage juridique étant ce qu'il est, le langage 'pataphysique ne serait pas à court de surprises permettant de dévoiler certains impensés du langage mobilisé par les juristes.

Une des particularités sur laquelle il convient de s'arrêter est la suivante : la 'pataphysique admet l'équivalence des contraires, s'inscrivant dans une logique ternaire du tiers inclus, deux postulats épistémologiques écartés par la logique positiviste descriptiviste en droit, pour laquelle les axiomes de non-contradiction (A n'est pas non- A) et de tiers exclus (un troisième terme T ne peut être à la fois A et non- A) sont fondamentaux. On peut rapidement comprendre ces particularités grâce à la logique ternaire de Stéphane Lupasco, qui tentait de formaliser le dynamisme à l'œuvre dans les observations en physique quantique. Sans entrer dans le détail ici, il faut établir ceci : la logique ternaire du tiers inclus « s'éclaire par la considération du rôle du temps. Dans une triade de tiers inclus, les trois termes coexistent au *même* moment du temps. En revanche, les trois termes de la triade hégélienne se *succèdent* dans le temps [...] Dans la logique du tiers inclus, les opposés sont plutôt des contradictoires : la tension entre les contradictoires bâtit une unité plus large qui les inclut » (NICOLESCU, 2005, p. 439; LUPASCO, 1987). Autrement dit, cette logique revient à dire ceci : une contradiction, qu'elle soit *actuelle* ou *virtuelle*, est incluse dans un ensemble; virtuellement, les contraires sont équivalents dans l'ensemble, jusqu'à ce que l'un deux soit actualisé.

Cette logique, chez Lupasco, se fonde sur une conception unitaire du monde et elle serait essentielle pour rendre compte de la complexité, notion qui en droit, nous le savons, a fait son bout de chemin avec la

théorie des systèmes, entre autres (LUHMANN, 2019). Elle serait non pas seulement une logique de la complexité, mais « sa logique privilégiée dans la mesure où elle permet de traverser, d'une manière cohérente, les différents domaines de la connaissance » (NICOLESCU, 2005, p. 439). Ces développements appellent toutefois à quelques remarques.

D'abord, Alfred Jarry n'avait pas, lui-même, au début du XX^e siècle, formalisé la logique du tiers inclus, qui ne fut proposée que dans les années 1950. Pourtant, la logique du tiers inclus est à l'œuvre dans le langage jarryque, qui rappelle sans cesse l'équivalence des contraires à un certain niveau symbolique, inclus dans un ensemble symbolique plus englobant (GODA, 2014). Ensuite, la logique du tiers inclus appelle à la *transdisciplinarité*, que nous ne revendiquons pas sur le plan scientifique en droit. En effet, si elle consiste en une « utopie scientifique » (OST et VAN DE KERCHOVE, 1991), c'est certainement parce qu'un certain degré de savoir disciplinaire est nécessaire pour produire de la connaissance juridique. C'est plutôt l'utilisation d'un *langage transdisciplinaire* qui est ici revendiqué, soit l'utilisation d'un langage faisant intervenir des éléments de complexité dans la production d'une connaissance soumise à certaines contraintes épistémologiques disciplinaires afin d'en appeler à la vigilance des interlocuteurs dans l'interprétation du texte produit¹⁴. Enfin, la logique du tiers inclus n'est pas une proposition loufoque ni révolutionnaire dans le champ juridique; pensons, entre autres, aux théories ludiques du droit, qui attribuent au droit le rôle de « tiers inclus » face aux problématiques sociales et au juge le rôle de « tiers inclus » dans un litige où deux parties s'opposent (OST et VAN DE KERCHOVE, 1993). Toutefois, cette logique ici est davantage appliquée au métalangage juridique doctrinal qu'au système juridique en général.

Pour reprendre l'analogie de la photographie, la logique du tiers inclus permet de proposer que le juriste, quand il photographie le droit, le fait exister. Sans une telle photographie, qui matériellement n'est que l'écriture d'un texte, le droit serait inexistant. Le postulat est, qu'à partir des principes de tiers inclus et d'équivalence des contraires, l'existence du droit serait conditionnée à une proposition tierce (à un discours formulé par un tiers). Au temps 0, le droit serait équivalent au non-droit parce que son existence dépendrait de l'interprétation qu'en ferait ultérieurement un tiers. Deux éléments contradictoires sont équivalents en même temps parce qu'ils sont tous deux du discours, et tant que ce dernier n'actualise pas l'un des deux, la contradiction existe virtuellement.

¹⁴ Cette notion de vigilance renvoie à la vigilance « épistémique », soit la disposition à croire ou non l'interlocuteur en fonction de certaines caractéristiques de son raisonnement (ici, de la *forme écrite* de son raisonnement), voir p. ex. : FRICKER, 1995; Audi, 1997.

Au temps + 1, le discours actualiserait le droit (ou le non-droit), la contradiction n'étant plus possible en raison du rôle que l'on attribue à l'ordre juridique dans une démocratie constitutionnelle fondée sur la notion d'État de droit. Par exemple, l'animal est un bien ou une personne (en vertu de la règle de droit, de la décision du tribunal, de l'interprétation doctrinale, etc.), mais avant d'être traité par le discours, donc confronté au droit, l'animal peut être un bien et une personne, un bien en droit positif et une personne dans l'opinion du particulier qui l'affectionne.

Le discours (descriptif, interprétatif, explicatif...) au temps + 1 ne détermine jamais ultimement le droit et les situations factuelles qu'il couvre; on peut penser ici à la texture ouverte du droit qui, selon Hart, implique qu'une règle de droit ne puisse jamais recouvrir toute situation factuelle à l'avance (HART, 1976, p. 121 et suiv.). Or, cette logique serait toujours à recommencer: chaque fois qu'un discours est prononcé (*en droit* et *sur le droit*), il actualise le droit en fonction des sources, du contexte et des interprétations précédentes¹⁵. Cependant, comme il fut démontré que tout discours en droit est potentiellement normatif, le droit est, en soi, toujours équivalent au non-droit avant qu'il ne soit réinterprété par un discours subséquent. Il en va ainsi pour tous les phénomènes normatifs, qui dépendent donc des discours pour exister. Dès lors, le droit n'existerait qu'à travers le discours des juristes, dont la valeur varie en fonction de plusieurs caractéristiques, principalement celle de « diseurs de droit » reconnus comme tels par leur communauté.

Cette proposition pourrait être mise en œuvre par l'usage de mécanismes littéraires dans la production doctrinale¹⁶. D'entre eux, abordons seulement le contrat de lecture. Il consiste en une entente tacite qui définit, en littérature, la relation soi-disant « contractuelle » entre le narrateur et le narrataire, personnes distinctes de l'auteur et du lecteur (MILLY, 2014, p. 43; JOUVE, 2014, p. 26-27). Bien que l'auteur et le lecteur soient des personnes réelles, le narrateur et le narrataire n'existent qu'à travers le texte et, dans cette relation textuelle, ils sont « toujours solidaires » (TODOROV, 1968, p. 67), évoluant en tant que partenaires au sein du jeu narratif. Reformuler le contrat de lecture, en droit, mène à une possible herméneutique du tiers inclus, à la production d'un entre-deux intellectuel entre les interlocuteurs unis par un discours textuel. Ainsi,

¹⁵ Comme le veut l'idée, désormais célèbre en théorie du droit, du « roman à la chaîne » chez DWORKIN, 1985, p. 61.

¹⁶ Sur la relation entre la doctrine et la fiction littéraire, voir : VARNEROT, 2012.

L'expérience, comme la connaissance, est souvent enfermée dans des couples binaires, qui faussent la complexité. Pour la restituer, il s'agit de transformer une des deux entités en entre-deux en l'associant à un troisième virtuel pour devenir source d'une nouvelle herméneutique. En fait, il s'agit donc de considérer l'autre d'un couple de notions non comme le symétrique du premier dans une dyade, mais comme le tiers inclus qui oblige à faire appel à un troisième terme absent. On convertit ainsi un couple binaire en structure ternaire. (WUNENBERGER, 2016, p. 105)

Dès lors, la reformulation du contrat de lecture pourrait avoir plusieurs objectifs, mais le principal étant de reconnaître le texte en tant que tiers inclus, en tant qu'entre-deux intellectuel où a lieu la production collective de sens et où s'actualise la tension entre écriture et lecture, tiers inclus comprenant lui-même d'autres niveaux d'inclusion et d'exclusion, dont le niveau symbolique. En effet « le symbole, par sa consistance interne et son ouverture, est donc bien une épiphanie du sens caché et un conducteur vers un sens transcendant, mais cet intermédiaire comprend une logique propre qui en fait un véritable tiers inclus entre le sensible et l'intelligible. À travers le symbole, l'imagination installe un plan médian d'imaginaire entre le monde concret et la pensée de l'absolu et du transcendant » (WUNENBERGER, 2016, p. 107). Sous-jacente à « l'approche 'pataphysique » du droit¹⁷ qui prône la « jurisfiction » (VARNEROT, 2012), la logique du tiers inclus mise en l'œuvre par un mécanisme littéraire comme la reformulation du contrat de lecture tiendrait compte du rôle normatif du discours doctrinal. Aussi, elle permettrait de mettre en évidence les méthodes textuelles à l'œuvre dans la production de connaissance juridique et la « fictionnalité » du texte doctrinal (GEFEN, 2012 p. 74). L'objectif est donc de mieux interroger (et ne pas supposer) la légitimité du discours doctrinal du fait qu'il respecte des contraintes épistémologiques et esthétiques. Éviter, en somme, un « détournement de l'autorité doctrinale » (PIMONT, 2021, p. 454) qui peut survenir lorsque les objectifs de l'auteur sont voilés par la forme descriptive du discours (SUPLOT, 2013). La question qui reste à poser est la suivante : comment mettre en pratique une « approche 'pataphysique » du droit, dont le rôle est plutôt d'interroger la production de connaissance que de produire de la connaissance utilisable en droit (donc normative)?

¹⁷ Cette approche se distingue de la « jurisfiction », ce que cette dernière, en « se plaçant en marge de l'édition scientifique, est donc distincte de la doctrine à la fois par son intention, car le discours ne s'adresse pas aux pairs mais au public en général, et par ses formes, car elle s'exprime dans le respect de contraintes formelles, propres aux genres littéraires et distinctes de celles gouvernant les genres doctrinaux. » ... les *Contes juridiques*, de François Ost, présentent de bons exemples de « jurisfiction », voir ses *Nouveaux contes juridiques*, Paris, Dalloz, 2021.

3.2 Contrat de lecture

CONTRAT DE LECTURE


ENTRE : Thomas Windisch

ci-après appelé « NARRATEUR »

ET : La Lectrice, Le Lecteur

ci-après appelé.e « NARRATAIRE »

- 1) En date d'aujourd'hui, le 15 mai 2022, le narrateur écrit un texte dans lequel il explique au narrataire l'approche 'pataphysique du droit et l'applique au discours juridique doctrinal en matière de louage en droit civil québécois.
- 2) Le narrateur reconnaît le caractère fictif de son discours étant donné qu'il consiste en un texte écrit.
- 3) Le narrateur s'engage à rappeler le caractère fictif de son discours par l'utilisation de mécanismes littéraires, incluant mais non limités :
 - A. Au clinamen, soit l'insertion d'anomalies dans l'usage du langage juridique doctrinal;
 - B. À l'intertextualité, soit le croisement de textes d'origines différentes pour transformer le discours du narrateur.
- 4) La/Le narrataire s'engage à faire preuve de prudence dans l'interprétation du texte prévu à l'alinéa 1), et ce, de façon à participer de manière critique à la constitution du sens dudit texte.
- 5) En cas de défaut par l'une ou l'autre des parties aux obligations prévues par la présente entente, le texte prévu à l'alinéa 1) n'aura aucun sens.

Signé à (inscrire la ville)	, le (inscrire la date)
	
_____ THOMAS WINDISCH Narrateur	_____ NOM : Narrataire

4. Éléments de science patajuridique

Ce texte a pour but de révéler que l'activité savante en droit relève de la science patajuridique. Sous prétexte de faire de la « science juridique », le savant en droit ferait plutôt de la science patajuridique. Une fois les bienfaits de cette révélation exposés, certains éléments de la méthode patajuridique, ainsi qu'un passage de la première et dernière doctrine patajuridique en droit civil québécois, seront présentés. La communication représente en elle-même la démarche patajuridique, librement imaginée par moi-même et inspirée de la pataphysique, science inventée par l'auteur Alfred Jarry, lecteur du Roi Ubu.

La science patajuridique est à la science du droit ce que la science du droit est au droit. Elle n'est pas une théorie du droit, puisqu'une théorie du droit a pour fonction de définir ce qu'est le droit et de prescrire des méthodes de connaissance à partir d'axiomes. Quant à elle, la science du droit a plutôt pour rôle de décrire ce qu'est le droit suivant une méthode fondée sur des principes théoriques¹⁸. La science patajuridique puise quant à elle sa méthode dans la pataphysique, enseignée par le Dr. Faustroll qui, né à l'âge de 63 ans et conservant cet âge toute sa vie durant, était un homme de « taille moyenne, soit, pour être exactement véridique, de (8 par 10 à la 10 + 10 à la 9 + 4 + 10 à la 8 + 5 par 10 à la 6) diamètres d'atomes » (JARRY, 1972, p. 658). Si la pataphysique est la « science des solutions imaginaires, qui accorde symboliquement aux linéaments les propriétés des objets décrits dans leur virtualité » (JARRY, 1972, p. 669), elle peut s'élever au rang de théorie du droit. En effet, elle prescrit un objet et une méthode à la science patajuridique, dont il est aujourd'hui question dans cette présentation.

La 'pataphysique étudie « les lois qui régissent les exceptions » et explique « l'univers supplémentaire à celui-ci » (JARRY, 1972, p. 668). En

¹⁸ Supra.

d'autres termes, la pataphysique est l'attention portée, par l'humain, à sa « créativité vivante et dynamique, renouvelant toujours ses regards » grâce à l'épatement et au processus de « surprise » (MCMURRAY, 2005, p. 16). Elle invite ainsi à une « démarche de connaissance avec méthodes et procédés permettant de faire appel aux solutions proposées par l'imagination, que seules peuvent alimenter les différents de points de vue nous surprenant » (MCMURRAY, 2005, p. 16).

La science patajuridique se fonde sur une théorie pataphysique de l'univers et, par le fait même, du droit. Selon la théorie pataphysique librement appliquée au droit, un phénomène normatif est considéré comme un **« tout et rien qui norme plus et moins »**¹⁹. Dès lors, un épiphénomène normatif constitue **ce qui se surajoute à un tout et rien qui norme plus et moins**.

L'objet de la science patajuridique est donc l'étude de phénomènes normatifs par la production d'épiphénomènes normatifs. La méthode, fort simple, consiste à devenir soi-même plus petit que soi-même afin de décrire un univers normatif que l'on peut voir et que peut-être l'on doit voir à la place du traditionnel (JARRY, 1972, p. 668). En d'autres termes, la méthode patajuridique appelle à la réflexivité des juristes qui, rassurés par certaines **contraintes épistémologiques positivistes**, deviennent eux-mêmes plus grands qu'eux-mêmes et, sans miroir où constater cet état de fait, se réclament d'une grandeur faussement égale à la leur.

La science juridique traditionnelle, telle que rapportée dans un Grand Livre du Maître autrichien Hans Kelsen, prend la forme d'une pyramide. La science patajuridique prend plutôt la forme d'un cercle, comme nous l'enseigne Ibicrate le Géomètre, érudit élève de son divin maître Sophratos l'Arménien, dans ses écrits traduits et mis en lumière par le Dr. Faustroll. Effectivement, d'après Ibicrate, le Roi Ubu aurait, lui aussi, fait un Grand Livre, où se trouve la seule démonstration du « bâton-à-physique », preuve de l'identité des contraires, ou du fait que la surabondance est un manque. Voyez donc le bâton-à-physique comme un HUMAIN qui, ne pouvant vivre ailleurs que sur Terre, est tout aussi contraint qu'elle aux forces gravitationnelle et centripète, entre autres, et passe ainsi sa vie à tourner « sur lui-même ». Ainsi, « à chaque quart de chacune de ses révolutions (qu'on la mesure d'où l'on voudra) » (JARRY, 1972), il fait une croix avec lui-même et croise l'un des points équidistants répartis sur la circonférence formée par ces rotations. Chaque point constitue lui-même un univers, qui est, mais n'est jamais à nouveau, l'humain n'arrêtant jamais

¹⁹ Cette thèse s'appuie notamment sur les thèses du constructivisme juridique, voir : SINTEZ, 2004 et 2020; THIBIERGE et al., 2009, 2013 et 2021.

de tourner, en chair comme en songe, même dans son sommeil. N'engendrant donc aucun monde et tous les mondes à la fois, qu'il juge à tort intérieurs à lui-même, car ils lui sont aussi extérieurs, tout autant qu'ils sont communs à tous et qu'ils lui sont simultanément propres, le bâton-à-physique tourne et tourne et tourne continuellement sur lui-même, même s'il peut parfois avoir l'impression, sous le coup d'une émotion *x*, que la Terre « s'arrête de tourner ».

Pour la science patajuridique, l'un surajouté à lui-même s'annule et devient son contraire; les signes Plus et Moins s'équivalent. De monastiques patajurigéomètres, dont la discipline consiste à tracer les formes des phénomènes et épiphénomènes normatifs, nous ont appris que le droit n'est pas une pyramide au sommet de laquelle trône une *Grundnorm*, soit une entité imaginaire supposée par le juriste Kelsen et son contraire, le Métaphysicien Neslek. Le droit, nécessairement engendré par les rotations du bâton-à-physique, a plutôt la forme d'« une roue dont la substance seule subsiste, le diamètre du cercle sans circonférence créant un plan par sa rotation autour de son point médian ». Pour les patajuristes, donc, le Droit ne combat point contre le Non-Droit puisque, comme de toute lutte, l'issue possible n'est que l'anéantissement de l'un *et* l'autre principe, ou leur réconciliation, et ce, car chaque adversaire est l'Infini.

Juriste déraciné! Ne fais pas de pareil bonds! Par ses actes de volonté et de connaissance, l'humain est son droit et son non-droit, le droit est humain et inhumain! Écrire, décrire, interpréter, expliquer et comprendre le droit revient toujours à se surajouter au droit, à créer, à chaque fois, **un tout et rien qui norme plus et moins**. Le cercle formé par les rotations du bâton-à-physique est l'ensemble toujours incomplet des épiphénomènes normatifs potentiels, l'humain ne pouvant se saisir d'un phénomène normatif qu'en y surajoutant ses propres prescriptions, descriptions ou interprétations, elles-mêmes constituant des épiphénomènes normatifs.

En résumé, « le droit est une "conversation infinie" avec la réalité vécue », comme l'écrivait bien Simone GOYARD-FABRE (2012, p. 285). La science patajuridique ouvre le droit à tous les symboles qui peuvent émerger de cette conversation, produisant eux-mêmes des solutions aux problèmes, actuels ou virtuels, auxquels peut être confronté l'univers normatif.

Mais, tout de même, que serait une science sans méthode? La science patajuridique, comme toute science, prescrit certains principes méthodologiques, souvent peu respectés par les patajuristes ubuesques reniant leur statut de patajuriste. Ces principes découlent des

enseignements tirés de l'étude de l'engin qu'est le « bâton-à-physique ». Dépassant de loin l'élémentarité requise pour introduire les juristes à la science patajuridique, disons seulement qu'il s'agit de l'équivalence des contraires et du tiers inclus. Le premier consiste en ce que, virtuellement, A et non-A peuvent exister simultanément au temps n . Le deuxième principe, corollaire du premier, est à l'effet que l'actualisation de A ou non-A au temps $n+1$ dépend d'un épiphénomène tiers. Autrement dit : il n'y a jamais de droit ou de non-droit qu'au temps $n+1$. L'un et l'autre existent en même temps, à chaque instant n , tant que l'un ou l'autre n'est pas actualisé, réactualisé, ré-réactualisé, et ainsi de suite, par un discours juridique, au temps $n+1$.

La conséquence de ces deux principes est que le juriste doit éviter de voiler le fait qu'il constitue de toutes pièces le phénomène normatif et, donc, mettre en évidence la façon dont il navigue sur l'épiderme du droit, l'actualise en s'y surajoutant par le langage, lui accordant un sens et le faisant ainsi exister.

4.1 Extrait de doctrine patajuridique sur le louage résidentiel

Du droit au maintien dans les lieux

Les dispositions du Code civil du Québec applicables au régime juridique du bail portant sur un logement sont d'ordre public de protection en faveur du locataire, qui ne peut renoncer à l'avance à un droit lors de la signature du bail (art. 1893 CCQ). La notion d'ordre public de protection agit principalement sur le plan des recours qu'une partie, considérée comme vulnérable par le législateur, pourrait faire valoir pour être « soulagée des conséquences néfastes du contrat conclu en violation de la loi » (CUMYN, 2007, p. 25). L'ordre public de protection sert à normaliser certains types d'entente contractuelle, dont le bail portant sur le logement, en protégeant des intérêts particuliers (CUMYN, 2007, p. 25). Une dérogation à ces règles entraîne la nullité relative du contrat. Or, il faut noter que l'article 1913 CCQ a été interprété comme un article d'ordre public de direction (KARIM, 2020, p. 746-748), entraînant la nullité absolue du contrat du fait qu'il protège l'intérêt général.

La « pierre d'assise » (*Martel c. Jean-Baptiste*, 2020 QCCQ 8945) du régime juridique du bail portant sur le logement est le droit personnel du locataire au maintien dans les lieux (1936). Le locataire ne peut y renoncer à l'avance, et il peut l'opposer au locateur qui voudrait l'évincer, « sauf dans les cas prévus par la loi ». Il en va ainsi du recours, par le locateur, pour

obtenir la résiliation du bail à la suite d'un retard de plus de trois semaines pour le paiement du loyer par le locataire (1971)²⁰. C'est le Tribunal administratif du logement qui est compétent pour entendre les causes de résiliation de bail en première instance; il a donc le rôle particulier de traiter des litiges entre deux parties privées, normalement réservés aux tribunaux de droit commun (art. 28 LTAL).

« Cela certes est exactement juste du moins » (JARRY, 1972, p. 729). Mais, si on peut se demander « pourquoi chacun affirme-t-il que la forme d'une montre est ronde, ce qui est manifestement faux, puisqu'on lui voit de profil une figure rectangulaire étroite, elliptique de trois quarts, et pourquoi diable n'a-t-on noté sa forme qu'au moment où l'on regarde l'heure? », il faut aussi, avant d'aller plus loin dans la description du droit applicable, se demander : *pourquoi chacun affirme-t-il que la forme du « droit au maintien dans les lieux » est celle d'un droit personnel dont bénéficie le locataire envers le locateur, et pourquoi diable n'a-t-on noté sa forme qu'au moment où l'on regarde les sources du droit? Une fois ces questions posées, auxquelles la réponse nous échappe, nous voici plutôt contraint de nous demander : de quelle forme peut bien être le « droit au maintien dans les lieux »?*

Des formes patajurigéométriques du droit au maintien dans les lieux

Le droit au maintien dans les lieux peut prendre la forme ovoïde de l'œuf et du zéro. Considérant que ce droit ne peut être appréhendé indépendamment de sa conjonction au recours potentiel du propriétaire en résiliation de bail pour non-paiement, ces deux droits « s'annulent ou se fécondent, et subsiste seul leur fruit, qui devient l'œuf ou le zéro, identiques à plus forte raison, puisque le sont les contraires » (JARRY, 1972, p. 730). Or, plusieurs études ont démontré qu'en cas de non-paiement de loyer (1973 CCQ), « le magistrat vérifie si le paiement du loyer a été ou non effectué et dans la négative, il doit ordonner la résiliation du bail, quels que puissent être le montant et le nombre de loyers dus ou les causes de l'insolvabilité du locataire » (GALLIÉ, BRUNET ET LANIEL, 2016, p. 630). Le droit au maintien dans les lieux aurait, dans ces circonstances, plus souvent la forme ovoïde d'un zéro que d'un œuf si vous êtes le locataire, et plus souvent la forme d'un œuf que d'un zéro dans la perspective du propriétaire.

Le droit au maintien dans les lieux peut prendre la forme d'une Machine à être immobile. Être maintenu dans le lieu impliquerait d'être maintenu dans le Temps, ce qui signifierait donc « traverser [...] tous les

²⁰ Selon les règles de preuve de droit commun (2803 ss. CCQ) auxquelles font exception les art. 75-77 de la *Loi sur le tribunal administratif du logement* (LTAL), RLRQ c. T-15.01.

corps, tous les mouvements ou toutes les forces dont le lieu successif sera le point de l'espace choisi par [le locataire] pour le départ de sa MACHINE À ÊTRE IMMOBILE » (JARRY, 1972, 737). Pour être maintenu dans les lieux, le locataire doit remplir son obligation de payer le loyer à temps (art. 1855, 1971 CCQ). Après plus de trois semaines de retard dans le paiement du loyer par le locataire (art. 1971 CCQ), le propriétaire a un recours en résiliation de bail et un délai supplémentaire ne peut être accordé au locataire pour remédier au défaut de paiement (art. 1973 CCQ). Le locataire, en demeure de plein droit (art. 1597 CCQ), peut remédier au défaut jusqu'à l'audience, mais une fois devant le décideur administratif, ce dernier doit analyser la situation au moment de l'audience en fonction de la preuve qui lui est présentée. Le locataire aura ensuite la possibilité de remédier au défaut en payant les sommes dues à l'audience avant le jugement (art. 1883 CCQ), délai qui était évalué, en 2021, à 19 jours, en moyenne (TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU LOGEMENT, 2021, p. 49).

Le droit au maintien dans les lieux peut prendre la forme de « la perplexité d'un homme hors du temps et de l'espace, qui a perdu sa montre, et sa règle de mesure, et son diapason » (JARRY, 1972, p. 726). Pour bénéficiaire du droit au maintien dans les lieux dans le cadre d'une audience en résiliation de bail pour non-paiement de loyer, le locataire doit d'abord se présenter à ladite audience, ce qui n'est pas la norme si l'on se fie aux statistiques (TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU LOGEMENT (TAL), 2021). Ensuite, les règles de procédure et de preuve font en sorte qu'il peut opposer au propriétaire, soit par un aveu de ce dernier ou par témoignage, un manquement à une obligation de résultat dans la réception du paiement ou une reconnaissance de dette (GALLIÉ, BRUNET ET LANIEL, 2016 p. 633). Il peut aussi invoquer l'exception d'inexécution (art. 1591) et faire valoir son droit au maintien dans les lieux grâce à des recours civils, sans pouvoir s'en prévaloir dans le cadre d'une procédure administrative en résiliation de bail pour non-paiement²¹. Telle qu'une étude du contentieux en matière d'expulsion le rapporte, les juges administratifs ne « disposant pas de pouvoir discrétionnaire pour tenir compte des raisons financières du non-paiement et des conséquences sociales de l'expulsion, et compte tenu des critères particulièrement exigeants de la défense d'inexécution, [ils] sont le plus souvent conduits à interrompre les témoignages des locataires » (GALLIÉ, BRUNET ET LANIEL, 2016 p. 639 et 643) qui, eux, sont dépourvus de montre, de règle de mesure et de diapason dans le temps et l'espace administratif du TAL.

²¹ En guise d'exemple, voir : *Thauvette c. Ross*, 2014 QCRDL 41459.

Le droit au maintien dans les lieux peut prendre la forme d'un « Ha ha! ». L'absence de discrétion pour les juges de la Régie du logement, ne pouvant contrôler la proportionnalité de la résiliation avec la situation du locataire, comme en Europe, par exemple (*Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 RCS 827), écarte l'étude des motifs de non-paiement du locataire, ainsi que celle de la somme due (GALLIÉ, BRUNET ET LANIEL, 2016 p. 639). Le juge administratif de la Régie du logement ou, plus souvent, le greffier spécial traitant les demandes de résiliation en l'absence du locataire (art. 30.2 LTAL), traitent les recours de façon expéditive²². « Ha ha! », le décideur administratif n'a point le pouvoir de se perdre « dans des considérations plus amples » (JARRY, 1972, p. 678). « Ha ha! », il doit alors considérer que « [l]es difficultés financières du locataire sont étrangères au droit du locateur de percevoir le loyer ». « Ha ha! »! Bien que le TAL jouisse du pouvoir de rendre des ordonnances de sauvegarde et puisse désormais recourir aux modes de prévention et règlement des différends (PRD)²³ et que selon « ces dispositions les régisseurs pourraient échelonner la dette ou accorder des délais, au moins dans certaines circonstances », des recherches observent que « ces articles sont principalement invoqués par les magistrats afin de mettre un terme à des procédures abusives et pour rejeter des demandes de rétractation » (GALLIÉ, 2017 p. 123).

Le droit au maintien dans les lieux peut prendre la forme d'une boule d'eau dans laquelle se trouve le locataire protégé par la loi. En raison de facteurs contextuels contribuant à ce qui est actuellement considéré comme une « crise du logement », surtout à Montréal, le droit au maintien dans les lieux est compromis par la hausse du prix des loyers et par d'autres phénomènes normatifs concurrents (voir entre autres : PETITCLERC, 2021, p. 14-65). Ceux-ci viendraient donc compromettre une interprétation du droit comme « favorable » au locataire, perçant ainsi sa boule d'eau et engendrant « la projection à la ronde de nouvelles et minuscules sphères, à la dureté sèche de diamant [...] chacune entraînant sous soi l'image du point tangent de l'univers qu'elle déformerait selon la projection de la sphère et dont elle agrandirait le fabuleux centre » (JARRY, 1972, p. 671).

Le droit au maintien dans les lieux peut finalement prendre la forme tétragonale de n'importe qui se contemplant soi-même, inscrivant en soi-même un autre tétragone égal à sa moitié. Le maintien au droit dans les lieux peut donc tout à fait prendre la forme du DROIT lui-même, c'est-à-

²² En 2021, le délai était de 2,6 mois pour entendre les demandes en résiliation pour non-paiement et de 11,5 mois pour les demandes civiles « générales », voir : TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU LOGEMENT, p.6.

²³ Une séance de conciliation est prévue par la LTAL (art. 31), mais l'instance se poursuit sans délai supplémentaire malgré la conciliation, art. 31.01(2) LTAL; 564 demandes fermées en conciliation en 2021, contre 566 en 2020 et 0 en 2019, avant que ce pouvoir ne soit attribué à la suite de la modification du Code de procédure civile du Québec... voir : TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU LOGEMENT, 2021, p. 49.

dire la forme de l'Être qui n'est pas encore devenu le Vivre. Certes, l'être se veut continu car inétendu, le vivre discontinu car série d'impressions, l'Être ne peut devenir le Vivre sans devenir Non-être. Le droit ne peut devenir droit sans devenir non-droit. Autres formes possibles du droit : deux Yeux Nyctalopes, cymbales en effet appariées, de chrome circulaire, car identique à soi-même; un Cercle sans circonférence, car inétendu; l'impuissance des pleurs d'un cœur, car éternel.

4.2 Conclusion

Finalement, la tentative de simplement décrire le droit applicable en matière de louage résidentiel a échoué, car la description de la forme patajurigéométrique du droit au maintien dans les lieux a remis en question la scientificité du propos et, par là même, a rappelé sa teneur normative. Nous n'avons pu éviter de nous questionner sur les multiples formes possibles du droit au maintien dans les lieux ainsi qu'à la réalité de son application en pratique. Nous n'avons pas cherché à prouver quoi que ce soit, mais à faire, méthodiquement, notre travail de patajuriste. Se poser des questions inutiles peut ainsi forcer le juriste à s'interroger sur ses automatismes disciplinaires et cognitifs, puis le mener à se positionner par rapport au droit qu'il mobilise, donc à le responsabiliser par rapport à son discours. Le même exercice serait à faire pour le droit du **locateur** de demander la résiliation du bail pour non-paiement du loyer. Analyser une seule perspective entraîne, inévitablement, un biais cognitif. En matière de louage, l'idée « d'ordre public de protection » entraîne-t-elle le juriste à voir le droit sous une certaine forme, c'est-à-dire : à penser le droit en faveur du locataire, ou à prétendre que le droit lui est favorable? Une attitude patajuridique enrichirait la pensée juridique : si le droit est discours, remettre en question l'usage de notre langage est un exercice primordial. Une doctrine patajuridique ne saurait exister, puisqu'elle ne parviendrait pas à systématiser toutes les exceptions possibles dans l'approche du droit. Ainsi, la forme du droit équivaut à la forme de Dieu, calculée par le Dr. Faustroll, qui est « le point tangent de zéro et de l'infini » (JARRY, 1972, p. 678). Ultimement, cela limite le juriste à la proposition linguistique qu'est le « Ha Ha! », conjonction bisyllabique clouant l'humain, perdu parmi les phénomènes et les épiphénomènes, à son propre rire.

Bibliographie

Lois

Code civil du Québec, RLRQ c. CCQ-1991

Code de procédure civile du Québec, RLRQ c-25.01

Loi sur le tribunal administratif du logement (LTAL), RLRQ c. T-15.01

Jurisprudence

Blanco c. Commission des loyers, [1980] 2 RCS 827

Blum c. Oberoi, 2000 CanLII 17625

Canada inc. c. Sommereyns, 2008 QCCA 1144

Maison du développement durable c. Ville de Montréal, 2018 QCCS 2307

Martel c. Jean-Baptiste, 2020 QCCQ 8945

Thauvette c. Ross, 2014 QCRDL 41459.

Doctrine

AUDI, R., *Epistemology. A Contemporary Introduction to the Theory of Knowledge*, New York, Routledge, 2011

——— « The Place of Testimony in the Fabric of Knowledge and Justification », (1997) 34 *American Philosophical Quarterly* 4, 1997, 405-422

BAILLEUX, A., « Le *soft law* et les deux droits », dans Isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées* (vol.4), Presses universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2012

BARRAUD, B., *La recherche juridique*, Paris, L'Harmattan, 2016

BAUDOUIN, J.-L. et JOBIN, P.-G., *Les Obligations* (7^e éd.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013

- BENADIBA, A., « Pour une responsabilité éthique et réflexive de la doctrine », (2016) 118 *Rev. Notariat*, 253
- BENYEKHEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2015
- BOBBIO, N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998
- BOUDOT, M., *Le dogme de la solution unique (Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé)*, Thèse de doctorat, Droit Privé, Aix Marseille 3, 1999
- BRUNET, P., « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche*, Palerme, 2012
- CÔTÉ, P.-A., *L'interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009
- CHAZAL, J.-P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », (2001) 1 *RIEJ* 46, 39-80
- CHÉROT, J.-Y., « La question du point de vue interne dans la science du droit », (2007) 59 *RIEJ* 2, 17-33
- CHEVALLIER, J. (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993
- CUMYN, M. et GOSSELIN, F., « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », (2016) *McGill Law Journal*
- CUMYN, M., « Les sanctions des lois d'ordre public touchant la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *Revue Juridique Thémis* 1, 25
- DENQUIN, J.-M., *Les Concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021
- DESLAURIERS, J., *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service* (2^e éd.), Montréal, Wilson & Lafleur, 2013
- DEZALAY, A., « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles », dans J. CHEVALLIER (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986

- « La chaîne du droit », trad. F. MICHAUT (1985) 1 *Droit et Société*, 61-98
- DUMONT, H., et BAILLEUX, A., « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », (2010) 75 *Droit et société* 2, 275-293
- EDELMAN, B., *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Paris, Hermann, 2007
- « La fabulation juridique », (2005) 41 *Droits*, 199-218
- FORRAY, V. et PIMONT, S., *Décrire le droit ... et le transformer. Essai sur la décriture du droit*, Paris, Dalloz, 2017
- FRICKER, E., « Telling and Trusting : Reductionism and Antireductionism in the Epistemology of Testimony », (1995) 104 *Mind* 414, 393-411
- FRYDMAN, B., *Petit manuel pratique de droit global (tome 4)*, Académie Royale de Belgique, coll. « L'Académie en poche », Bruxelles, 2014
- GADAMER, H.G., *Vérité et Méthode* (1960), trad. P. Fruchon et al., Paris, Seuil, 2018
- GALLIÉ, M., « L'appel à la Cour du Québec d'un jugement d'expulsion de logement », (2017) 51 *RJTUM*, 109-160
- GALLIÉ, M., BRUNET J., et LANIEL, R.-A., « Les expulsions pour arriérés de loyer au Québec : un contentieux de masse », (2016) 61 *Revue de droit de McGill* 3, 611-666
- GEFEN, A., « Théorie du droit et théorie littéraire », dans C. GRALLET A.-M. LUCIANI (dir.) *Imaginaires juridiques et poétiques littéraires*, Amiens, CEPRISCA, 2012
- GODA, Y., « L'identité des contraires selon Alfred Jarry : Réflexions sur la construction du personnage dans *Cesar-Antéchrist* et *Les Jours et les Nuits* (Études en français) », (2014) 105 *Études de langue et littérature françaises*, 115-128
- GOYARD-FABRE, S., *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendantale*, Cerf, coll. Humanités, 2012
- GUASTINI, R., « Le "point de vue" de la science juridique », (2007) 2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 59, 49-58
- « Le réalisme juridique redéfini », trad. É. MILLARD, (2013) 19 *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 113-119

HART, H.L.A., *Le concept de droit* (1961), trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976

JARRY, A., « Gestes et opinions du Dr. Faustroll, pataphysicien », dans *Œuvres complètes, t.1*, Paris, Gallimard, 1972

JESTAZ, P. et JAMIN, C., *La doctrine*, Paris, 2004

JOBIN, P.-G., *Le louage* (2^e éd.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996

JOUANJAN, O., « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », (2011) 2 *Droits* 54, 45-46

——— « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », dans O. JOUANJAN et F. MÜLLER (dir.), *Avant dire droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007

JOUVE, V., *Poétique du roman*, Paris, Armand Colin, 2014

KANELLOPOULOS, A., *La confusion du droit et de la « science du droit ». Étude critique d'épistémologie juridique*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille Université, Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, Aix, 2018

KARIM, V., *Les obligations, vol. 1* (5^e éd.), Montréal Wilson & Lafleur, 2020

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1962

KOUAM, S.P., « La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique) », (2014) 55 *C. de D.* 4, 889.

LALONDE, L., « Du balcon aux coulisses de la scène? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », (2012) 1 *RIEJ* 68, 49-83

LEBEN, C., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », p. 20.

LEMAY, V., « Trois principes de rénovation tranquille pour l'enseignement du droit. L'avantage d'un retour du souci méthodologique et épistémologique », (2014) 72 *RIEJ* 1

——— CUMYN, M., « La recherche et l'enseignement en faculté de droit : le cœur juridique et la périphérie interdisciplinaire d'une discipline éprouvée », dans G. AZZARIA, *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais (2017), pp. 39-94

LENOBLE, J., « La procéduralisation contextuelle du droit », (1997) 46 *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, 17

LESSARD, A., « Noël Arnaud : du collègue à l'Oulipo », (1992) 49 *Nuit blanche*, 55-61

LUHMANN, *Le droit de la société*, trad. L. K. Sosoe, Québec, PUL, 2019

LUPASCO, S., *Le Principe d'antagonisme et la logique de l'énergie. Prolégomènes à une science de la contradiction* (2^e éd.), Monaco, Le Rocher (L'Esprit et la matière), 1987

MARAFANTE BRANCÃO, L., *La pataphysique du docteur Faustroll : Une Science dans l'art d'Alfred Jarry*, Mémoire, Faculté de Lettres, Université Fédérale de Rio Grande, Rio, 2019

MCMURRAY, L., « Le panache de l'originalité pataphysique québécoise », (2005) 106 *Moebius*, 13-22

MELKEVIK, B., « The Concept of Law and Contemporary Philosophical Reflection », (2011) 102 *Revista Brasileira Estudos Politicos*, 37

MILLARD, É., « Qu'est-ce qu'une norme juridique? », p. 7-8

MILLY, J., *Poétique des textes*, Paris, Armand Colin, 2014

NICOLESCU, B., « Stéphane Lupasco et le tiers inclus. De la physique quantique à l'ontologie », (2005) 126 *Revue de synthèse* 2, 431-441

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique? », (1993) 1 *RIEJ* 30, 191-216

——— « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? », F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.) *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 67-80

——— *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987

OST, F. et al., *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001

OST, F., *Nouveaux contes juridiques*, Paris, Dalloz, 2021

- *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004
- PETITCLERC, A., *Le droit au logement comme levier normatif pour l'accès aux droits et libertés civiles*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal Département de philosophie, Faculté des arts et sciences, 2021
- PICARD, É., « Science du droit ou doctrine juridique », dans Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'Unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica 1996
- PIMONT, S., « La responsabilité de la doctrine », (2021) 63 *Archives de philosophie du droit*, 449-460
- POIRMEUR, Y. et BERNARD, A., « Doctrine civiliste et production normative », dans J. CHEVALLIER (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993
- QUENEAU, R., *Entretiens avec Georges Charbonnier*, Paris, Gallimard, 1962
- REINER, G., « Les dichotomies en droit », dans Georges Azzaria (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique. Actes des 4^e et 5^e journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016
- SAMSON, M., « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique », (2009) 14 *Lex Electronica* 1, 19
- SIMARD, S., *Conjoncture et transformation dans Gestes et opinions du Docteur Faustroll, pataphysicien d'Alfred Jarry*, Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Chicoutimi, Chicoutimi, 2002
- SINTEZ, C., « Les postures normatives face à la gestion normative de la crise sanitaire de la COVID-19 », (2020) 2 *RIEJ* 85, 65-88
- *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes (tome 1). Les origines romaines*, Paris, Mare & Martin, 2004
- SUPIOT, A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », (2013) 21 *Recueil Dalloz*, 1421-1428
- TAPPOLET, C., *Émotions et valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000

THIBIERGE, C. et al., *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J/Bruylant, 2021

——— *La densification normative –Découverte d'un processus*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J/Bruylant, 2013

——— *La force normative – Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J/Bruylant, 2009

TREMBLAY, L.B., « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique », dans S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit : Philosophie et théorie juridiques*, t.2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU LOGEMENT, *Rapport annuel de gestion 2020-2021*, Québec, Gouvernement du Québec, 2021

TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V. ET GRZEGORCZYK, C., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005

TROPER, M., « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », dans P. AMSLEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris 1994

——— *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, Leviathan, 1994

——— « La doctrine et le positivisme. (À propos d'un article de Danièle Lochak) », dans *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989

TZOROV, T., *Qu'est-ce que le structuralisme?*, t.2, Poétique, Paris, Seuil, 1968

VARNEROT, V., « La "jurisdiction", substitut au discours doctrinal? », (2012) 69 *RIEJ*, 51-80

VILLA, V., « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994

——— *La science du droit*, Bruxelles, L.G.D.J., 1990

WUNENBERGER, J.-J., « Typologies de l'entre-deux : de l'intervalle au tiers inclus », (2016) 37 *IRIS*, 105